This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

3 2044 103 206 587

.85

B2 April 1921

HARVARD LAW LIBRARY

Received Dec 14 1920

Germany

Das Rechtsverhältniß

zwischen Eltern und Kindern

nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Von

Dr. jur. W. E. Knitschky,
Landgerichtsrath a. D.

Berlin.
Verlag von O. Häring.
1899.

DEC 1 4 1920

Herrn Geheimem Medicinalrath

Otto Madelung,

ord. Professor an der Universität Straßburg,

in Dankbarkeit

gewidmet.

Inhaltsverzeichniß.

Erster Abschnitt.

Die Entstehung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern.

		Seite
§ 1.	Uebersicht	1
	I. Die Entstehung der Stellung eines ehelichen Kindes	2
§ 2.	1. Eheliche Abstammung	2
	2. Legitimation	32
§ 3.	a) Durch nachfolgende Ehe	32
§ 4.	b) Durch Ehelichkeitserklärung	42
§ 5.	3. Annahme an Kindesstatt	58
§ 6.	II. Die Entstehung der unehelichen Verwandtschaft. Kinder aus nichtigen Ehen	80

Zweiter Abschnitt.

Der Inhalt des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern.

§ 7.	I. Im Allgemeinen	87
§ 8.	Fortsetzung: Unterhaltspflicht	110
	II. Die elterliche Gewalt	133
§ 9.	1. Wesen und allgemeine Grundsätze	133
§ 10.	2. Die Sorge für die Person des Kindes	148
	3. Die Befugnisse des Vaters in Bezug auf das Kindesvermögen	168
§ 11.	a) Die Verwaltung des Kindesvermögens	168
§ 12.	b) Die Nutznießung	192
§ 13.	4. Beschränkungen der elterlichen Gewalt. Freies Kindesvermögen	214
§ 14.	5. Ruhen und Beendigung der elterlichen Gewalt	234
§ 15.	6. Die elterliche Gewalt der Mutter	245
§ 16.	III. Rechtliche Stellung der unehelichen Kinder und der Kinder aus nichtigen Ehen	265

Abkürzungen.

Dernburg = H. Dernburg, Pandekten.

Fischer-Henle = Bürgerliches Gesetzbuch. Handausgabe in Verbindung mit E. Ebert und H. Schneider herausgegeben von O. Fischer und W. Henle (2. Aufl.).

Fraenkel = Fraenkel, Das Familienrecht des BGB.

Freiw. Gerichtsb. = RG. über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898.

Haiblen = Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einf.G. mit den Motiven u. s. w. herausgeg. von Haiblen.

Matthiaß = Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.

Planck = Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einf.G., erläutert von G. Planck in Verbindung mit Achilles, André, Greiff, Kitgen, Unzner.

Protokolle = Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB.

Reichsgericht = Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.

Seuffert = Seuffert, Archiv f. Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe in Deutschland.

Stobbe = Stobbe, Handbuch des Deutschen Privatrechts.

Windscheid = Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts.

Das Gerichtsverfassungsgesetz, die Civilproceß-Ordnung und die Konkurs-Ordnung sind in der Fassung des Gesetzes vom 20. Mai 1898 angeführt.

Erster Abschnitt.

Die Entstehung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern.

§ 1.

Uebersicht.

Wenn wir von dem Rechtsverhältnisse zwischen Eltern und Kindern im Allgemeinen sprechen, so denken wir dabei regelmäßig an die Beziehungen von Ehegatten zu ihren gemeinschaftlichen Abkömmlingen. Dieselben Bande des Blutes bestehen aber auch zwischen einem unehelichen Kinde einerseits und seinem Erzeuger und der Mutter andererseits. Allein die thatsächlichen Verhältnisse gestalten sich im Uebrigen in beiden Fällen so verschieden, daß die Rechtsordnung nicht willkürlich, sondern in gebotener Berücksichtigung der vorhandenen Abweichungen für jeden von beiden selbständige Vorschriften aufstellt.

Unter den Gründen, die das Rechtsverhältniß in seiner regelmäßigen Gestalt hervorrufen, kommt vor Allem die eheliche Abstammung in Betracht. Ihr begriffliches Merkmal besteht darin, daß der natürlichen Thatsache der Zeugung oder wenigstens der Geburt der Kinder ein Rechtsact, die Eheschließung der Eltern, vorausgegangen ist. Das BGB. gewährt aber daneben im Anschluß an das bisherige Recht die Möglichkeit, eine uneheliche Verwandtschaft durch gewisse nachfolgende Rechtshandlungen hinterher mit den Wirkungen einer ehelichen auszustatten. So haben wir denn als zweiten Entstehungsgrund die Legitimation zu behandeln, die wieder in zwei Arten, als Legitimation durch nachfolgende Ehe und durch

Ehelichkeitserklärung, vorkommt, von denen die letztere allerdings nicht mehr in vollem Umfange die gleichen Wirkungen hat wie die eheliche Abstammung. Endlich ist auch eine Herstellung des Verhältnisses auf bloß rechtlichem Wege zugelassen, indem das BGB. die Annahme an Kindesstatt gleichfalls aus dem bisherigen Rechte übernommen hat; auch sie ist jedoch nur mit abgeschwächten Wirkungen verbunden. Für die rechtlichen Beziehungen unehelicher Kinder giebt es nur die eine Entstehungsursache der Zeugung. Im Anschlusse an sie sind jedoch die aus einer nichtigen Ehe sich ergebenden Verhältnisse zu besprechen. Die hierfür geltenden Grundsätze bedürfen wegen ihrer geringeren Wichtigkeit nicht einer so ausführlichen Darstellung wie die bei ehelicher Abstammung Platz greifenden Bestimmungen. Diese Beschränkung ist zur Zeit in Bezug auf das BGB. um so mehr zulässig, als wir bereits eine Monographie über die Ansprüche aus außerehelicher Schwängerung besitzen[1]).

I. Die Entstehung der Stellung eines ehelichen Kindes.

§ 2.

1. Eheliche Abstammung.

I. Wenn auch die Behauptung Windscheid's (I § 56 b), daß der Beweis der Zeugung nicht bloß schwierig, sondern geradezu unmöglich sei, zu weit geht, so steckt doch insofern in ihr ein richtiger Kern, als diese Thatsache sich in dem Augenblick, wo sie vor sich geht, unserer Wahrnehmung entzieht. Sie kann nur durch eine Schlußfolgerung festgestellt werden, und zwar meistens nur in der Weise, daß wir den Zeitraum, der zwischen einer oder verschiedenen stattgehabten Beiwohnungen und der Geburt des Kindes liegt, mit der uns aus der Erfahrung bekannten Dauer der Schwangerschaft vergleichen. Diese ist sich nun aber nicht immer gleich, weicht vielmehr von den durchschnittlichen 9 Monaten nach der einen und nach der anderen Seite häufig in nicht unerheblichem Maße ab. Zwar vermag die medicinische Wissenschaft die äußersten Grenzen des sich so ergebenden Zeitraumes festzustellen, aber die Ansichten hierüber

[1]) Robert Hirsch, Die Rechtsverhältnisse der unehelichen Kinder nach dem BGB.

haben im Laufe der Jahrhunderte gewechselt und binden jedenfalls an sich den Richter nicht, so daß im einzelnen Falle subjective Meinungen den Ausschlag geben und leicht Widersprüche in der Rechtsprechung hervorrufen könnten. Dazu kommt, daß für die Bestimmung der Frist, innerhalb deren die Erzeugung des Kindes stattgehabt haben muß, auch der Grad seiner körperlichen Entwickelung bei seiner Geburt in Betracht zu ziehen ist. Dieser aber wird nicht immer sofort durch Sachverständige untersucht, womit eine weitere Ursache von Unsicherheit gegeben ist. Zur Verhinderung unnützer Streitigkeiten und zur Erleichterung des dem Kinde obliegenden Beweises seiner Abstammung greift daher die Rechtsordnung durch Festsetzung einer gesetzlichen Empfängnißzeit ein. Eine solche will natürlich nicht angeben, wann das Kind empfangen ist — das könnte nur ein Zeitpunkt, nicht ein längerer Zeitraum sein —, sondern wann es empfangen sein kann. Sie begründet hiernach eine Vermuthung, deren Widerlegung das Gesetz gestatten darf, ohne mit sich selbst in Widerspruch zu gerathen. Sie gilt aber für die außereheliche Zeugung ebenso gut wie für die eheliche, da es sich dabei nur um eine nähere Ordnung im Anschlusse an natürliche Verhältnisse handelt. Derartige Vorschriften finden sich schon in den deutschen mittelalterlichen Rechtsquellen[1]; im gemeinen Rechte sind aber ausschließlich die dem Kinde günstigeren und dem Bedürfnisse besser entsprechenden Bestimmungen des Corpus juris[2] zur Herrschaft gelangt. Auf Grund des damaligen Standes der Naturwissenschaft nahmen die Römer an, daß ein Kind am 182. Tage nach der Beiwohnung zur Welt kommen könne, und daß es spätestens mit dem Ablaufe des 10. Monats geboren werden müsse. Wenngleich dieses nach den jetzigen Ergebnissen der Wissenschaft etwas zu weitgehend erscheint[3], so haben doch die neueren Gesetzgebungen diese Grenze meistens beibehalten, und auch das BGB. hat sich mit Rücksicht auf die Ehre der Frau, die Lage des Kindes und die Ruhe der Familie dem angeschlossen und in § 1592 Abs. 1 bestimmt: „Als Empfängnißzeit gilt die Zeit von dem 181. bis zu dem 302. Tage vor dem Tage der Geburt des Kindes, mit Einschluß sowohl des 181. als des

[1]) Stobbe IV § 251 Anm. 7.

[2]) fr. 12 D. 1, 5; fr. 3 §§ 11, 12 D. 38, 16.

[3]) Schroeder's Lehrbuch der Geburtshülfe S. 83 nimmt an, daß ein reifes Kind innerhalb 240—320 Tagen nach der letzten Periode geboren werden kann.

302. Tages." Dabei wird nach § 187 Abs. 1 der Tag der Geburt nicht mitgerechnet, während der Endtag der Frist den frühesten oder spätesten Zeitpunkt angiebt, in dem die Zeugung stattgehabt haben kann. Die Vorschrift führt demnach in Bezug auf den kürzesten anzunehmenden Zeitraum zu demselben Ergebnisse wie das gemeine Recht: zwischen dem Tage des angeblichen Zeugungsactes und dem Tage der Geburt müssen 180 ganze Tage liegen[1]). Bei der längsten in Betracht kommenden Frist liegen zwischen den beiden Endpunkten 301 ganze Tage[2]), also 3 mehr als bei der römischen Berechnungsweise. Das Gesetz berücksichtigt auf Grund ärztlicher Erfahrungen im § 1592 Abs. 2 sogar den Fall, daß festgestellt wird, die Empfängnißzeit habe ausnahmsweise noch länger gedauert, und sichert hier die eheliche Abstammung des Kindes durch eine ausdrückliche Bestimmung vor Anfechtungen[3]). Während aber bei einem innerhalb der gewöhnlichen Zeit geborenen Kinde keine weiteren Beweise für seine Ehelichkeit erforderlich sind, mag auch die Geburt an der äußersten Grenze liegen, trifft in dem Falle des Abs. 2 Denjenigen, welcher die eheliche Abstammung des Kindes geltend macht, die Beweislast für seine Behauptung des wirklichen Zeitpunktes der Empfängniß.

Diese Vorschriften dürfen, wie sich aus ihrem Inhalte ergiebt, nicht unterschiedslos auf alle Fälle bezogen werden, wo eine Leibesfrucht von der Mutter zur Welt gebracht wird. Die Annahme des Gegentheils würde dem Gesetzgeber den handgreiflichen Unsinn zur Last legen, er behaupte, daß eine Fehlgeburt in den ersten 6 Monaten

---

[1]) Dabei muß im Zweifel der Tag der Eheschließung als möglicher Tag der Zeugung behandelt werden.

[2]) Wird die Ehe geschieden, so bildet der Tag der Rechtskraft des Erkenntnisses (d. h. wenn das Urtheil mit seiner Verkündung rechtskräftig wird, dieser Tag, sonst der letzte Tag der Rechtsmittelfrist) an sich den einen Endpunkt, doch ist hier der Gegenbeweis, daß schon vorher kein ehelicher Verkehr stattgefunden habe, besonders leicht zu führen.

[3]) Die gemeinrechtliche Wissenschaft entnahm aus den Quellen eine Vermuthung für die Unehelichkeit des vor dem 182. Tage geborenen Kindes. Stintzing (in Ihering's Jahrb. f. Dogmatik 9 S. 416 ff.) leugnete deren Berechtigung. Der Streit ist wegen der Bestimmung des § 1591 jetzt müßig, aber geeignet, unsere Aufmerksamkeit darauf zu lenken, daß § 1592 nach der unteren Grenze hin keinen Gegenbeweis zuläßt, wie nach der oberen hin der im Text erwähnte Absatz 2.

der Schwangerschaft unmöglich sei. Er muß also an eine Frucht gedacht haben, die einen gewissen Reifegrad erreicht hat. Die Motive und die Denkschrift sprechen denn auch von einem lebend geborenen Kinde[1]). Fällt unter das Gesetz aber jede Frühgeburt, die eine, wenn auch noch so kurze Zeit gelebt hat? Für diese Auslegung würde sich anführen lassen, daß BGB. § 1 für den Beginn der Rechtsfähigkeit des Menschen nur die Vollendung der Geburt fordert, ohne der Bedingung der Lebensfähigkeit zu gedenken, also diese verwirft. Auch kann nicht das Bedenken als entscheidend angesehen werden, daß die Bestimmung alsdann unter Umständen gegen die Ehelichkeit des Kindes angeführt werden könnte. Es sind aber schon Fälle beobachtet, wo eine Frucht von 5 Monaten einige Stunden oder wenigstens Minuten gelebt hat[2]), und wenn wir hier die gesetzliche Berechnung der Empfängnißzeit zu Grunde legen, so müßten wir annehmen, daß der Tag der Zeugung schon 6 Monate zurückläge, und der Vater dürfte, falls die Ehe erst 5 Monate bestanden hat, die Ehelichkeit des Kindes ohne Weiteres bestreiten. Allein entscheidend kann dies, wie gesagt, nicht in's Gewicht fallen, da seine Ehelichkeit oder Unehelichkeit nur in erbrechtlicher Beziehung von Wichtigkeit werden würde und unsere Vorschrift nicht um ihretwillen gegeben ist, vielmehr auf der großen Bedeutung des Familienstandes beruht, der bei Kindern ohne Interesse ist, wenn sie überhaupt nur ganz kurze Zeit leben[3]). Auch bei unehelichen Kindern soll sie weniger der Sicherung der Ansprüche der Mutter aus BGB. § 1715 als der Rechte des Kindes aus § 1708 ff. dienen. Schadet hiernach die uneingeschränkte Anwendung des § 1592 auch dem Kinde selbst nicht, so bringt sie ihm doch auch keinen Vortheil, während seine Bestimmung nur zu Gunsten des Kindes aufgestellt ist. Sie ist deßhalb auch nur so weit als maßgebend anzuerkennen, als sie diesem Zwecke dient. Dies um so mehr, als das Gesetz sich sonst in einen Widerspruch zu feststehenden Thatsachen stellen würde. Somit bezieht sich § 1592 nur auf lebensfähige Kinder oder, anders ausgedrückt, auf Kinder, die nicht in einem solchen Zustande der Unreife geboren werden, daß nach den bisherigen medicinischen Er-

---

[1]) Haidlen III, S. 380 und 386 bis 387.

[2]) Fuchs, Die Rechtsvermuthung der ehelichen Vaterschaft. S. 36—37. Protokolle IV S. 458.

[3]) Vgl. Protokolle IV S. 461.

fahrungen die Erhaltung ihres Lebens ausgeschlossen erscheint. Innerhalb dieser Grenzen bleibt dann noch eine doppelte Auffassung möglich: entweder nimmt man an, die Vorschrift finde auf jede genügend ausgebildete Frucht Anwendung ohne Rücksicht darauf, ob diese vermuthlich nur 6 Monate oder volle 9 Monate im Mutterleibe gewesen ist, oder man geht davon aus, daß das Gesetz bei einem ausgetragenen Kinde nur maßgebend sei, wenn die Empfängnißzeit seit dem Ereignisse, von dem an man zu rechnen hat (Eheschließung, Rückkehr des Mannes von längerer Abwesenheit u. s. w.), entsprechend lange gedauert habe. Beide Meinungen finden sich schon in der gemeinrechtlichen Litteratur und Rechtsprechung vertreten, und daraus erklärt sich die viel erörterte Streitfrage, ob gegen die gesetzliche Vermuthung der Ehelichkeit ein Gegenbeweis zulässig sei[1]). Nach den römischen Rechtsquellen ist die verneinende Ansicht als die richtigere anzusehen. Wenn auch die Aussprüche von Paulus und Ulpianus in fr. 12 D. 1, 5 und fr. 3 § 12 D. 38, 16 nur einzelne Rechtsfälle entscheiden, bei denen es sich möglicher Weise um unausgetragene Kinder handelte, so ist doch mindestens sehr auffällig, daß beide Juristen dies nicht erwähnen, vielmehr den Grundsatz, ein im 7. Monat zur Welt gekommenes Kind „justum filium esse“ oder „justo tempore videri natum“ ganz unbeschränkt aufstellen. Auch sprechen sie nicht von einem *nach* dem 6. Monate oder *nach* dem 181. Tage Geborenen, sondern von einem qui septimo mense (centesimo octogensimo secundo die) natus est, und hätten also um so mehr Anlaß gehabt, hervorzuheben, daß es sich hier um eine Frühgeburt handle, oder den Gegenbeweis aus der Reife des Kindes zuzulassen. Dieselbe Erwägung macht sich bei dem gleichfalls von Ulpianus herrührenden fr. 6 D. 1, 6 geltend, wo der Jurist gerade die Zulässigkeit des Gegenbeweises gegen die Ver-

---

[1]) Um nur einige wenige Vertreter beider Ansichten hervorzuheben, findet in den Aussprüchen der Quellen eine bloße Vermuthung unter Zulassung des Gegenbeweises aus der Reife des Kindes z. B. *Glück*, Ausführl. Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld 28 S. 110; *Fuchs* a. a. O. S. 66 ff.; die entgegengesetzte Ansicht vertheidigen *Savigny*, System d. heut. römischen Rechts 2 S. 390 Anm. h; *Sintenis*, Das prakt. gem. Civilrecht 3 § 138; *Burckhard*, Die civilistischen Präsumtionen S. 342–43; *Stintzing* a. a. O. S. 426 ff. mit inconsequenter Abweichung bezüglich der im Verlaufe der Ehe geborenen Kinder. Reichsgericht 12 S. 166 ff.

muthung der ehelichen Vaterschaft nach ihren wichtigsten Richtungen bespricht, allein mit keinem Worte darauf hindeutet, daß aus der Reife des Kindes ein Einwand entnommen werden könne. Die Römer haben also anscheinend den von ihnen aufgestellten Rechtssatz über die kürzeste anzunehmende Dauer der Schwangerschaft auch bei unausgetragenen Kindern zur Anwendung gebracht. Da das BGB. hier im Wesentlichen das gemeine Recht wiedergeben will, so liegt die Vermuthung nahe, daß auch seine Bestimmung in demselben Sinne aufzufassen ist. Dafür scheint auch der Umstand zu sprechen, daß das Gesetz eine ganz allgemeine Vorschrift trifft, ohne zwischen vorzeitig geborenen und ausgetragenen Kindern zu unterscheiden, während die Länge der gesetzlichen Frist jedenfalls die Einbeziehung der letzteren nothwendig fordert, sowie die Erwägung, daß der Richter auch ohne den gesetzlichen Ausspruch wohl stets zu der Annahme gelangen werde, die Erzeugung eines lebend zur Welt gekommenen Kindes habe zwischen dem 181. und dem 302. Tage vor der Geburt stattgefunden, daß jener also wenig Wert habe, wenn nicht in ihm eine den Gegenbeweis ausschließende Vorschrift zu finden sei. Bedenklich machen muß uns aber, daß die Commissions-Protokolle[1]) sich für die Zulässigkeit des Gegenbeweises aus der Reife aussprechen. Und die §§ 1591 und 1592, in ihrem Zusammenhange betrachtet, führen zu demselben Ergebnisse. Sie lassen sich so umschreiben: Ein Kind ist ehelich, als vom Ehemanne erzeugt anzusehen, wenn der Mann innerhalb der Empfängnißzeit, d. h. innerhalb des Zeitraumes vom 181. bis 302. Tage vor der Geburt des Kindes, seiner Frau beigewohnt hat, falls es nicht den Umständen nach offenbar unmöglich ist, daß die Frau das Kind von ihm empfangen hat." Dieser letztere Beweis kann dann auch aus der Reife des Kindes geführt werden. Hiergegen kann auch nicht der Ausdruck „Empfängnißzeit" und ihre Bemessung nach der Dauer der Schwangerschaft geltend gemacht werden. Ersterer bedeutet allerdings die Zeit, innerhalb deren ein Kind empfangen sein kann, oder nach deren Ablauf es zur Welt kommen kann, aber dies braucht nicht nothwendig dahin verstanden zu werden: nach deren Ablauf ein vollkommen ausgebildetes Kind zur Welt kommen kann. Die Römer mögen auf dem Standpunkte gestanden haben, daß es keine sicheren

[1]) Protokolle IV S. 464.

Kennzeichen gebe, um zu entscheiden, ob ein lebensfähiges Kind 6 oder 9 Monate im Mutterleibe gewesen sei[1]). Heutzutage ist diese Ansicht jedenfalls nicht mehr maßgebend. Darf ferner die Meinung, daß ein reifes Kind frühestens am 240. Tage geboren werde, als die herrschende bezeichnet werden, so wäre es mindestens auffallend, wenn der Gesetzgeber durch seine Vorschrift den Richter hätte zwingen wollen, bei seiner Entscheidung davon auszugehen, die Entbindung könne schon am 181. Tage erfolgen. In § 1592 soll aber weiter nichts gesagt sein als: der Zeitpunkt der Empfängniß eines lebend geborenen lebensfähigen Kindes liege zwischen dem 181. und 302. Tage vor seiner Geburt. Da er aber nicht bloß eine Erfahrungsthatsache feststellen, sondern einen Rechtssatz begründen will, so müssen wir ihn dahin auffassen, zur Begründung des Anspruches auf Anerkennung der Ehelichkeit genügt der Nachweis, daß der angebliche Vater innerhalb der Empfängnißzeit der Mutter beigewohnt hat. Der § 1592 steht ja aber auch nicht allein da, sondern bildet eine Ergänzung zu § 1591, der dies ausdrücklich ausspricht, jedoch ebenso ausdrücklich einen Gegenbeweis zuläßt. Hiernach hat die Vorschrift allerdings nur die Bedeutung einer Vermuthung. Demgegenüber darf man sich nicht darauf berufen, daß das BGB. den Ausdruck „etwas gilt als —" sonst nie im Sinne einer Vermuthung gebraucht, sondern nur so, daß es durch ihn anordnet, auf einen gewissen Thatbestand solle dieselbe Vorschrift Anwendung finden wie auf den in Vergleich gebrachten, ohne Rücksicht darauf, ob letzterer im einzelnen Falle wirklich vorliegt oder nicht, ja auch dann, wenn er in Wirklichkeit ausgeschlossen ist[2]). Die Empfängnißzeit für sich

---

[1]) So noch Carpzow, Definitiones ecclesiasticae, Def. 226 n. 3 und 4, Def. 227 n. 2.

[2]) Vgl. BGB. §§ 9, 50, 84, 96, 132, 149, 150 u. s. w. Soll die Fiction nur in beschränktem Maße Anwendung finden, so bringt das Gesetz dies durch ein „wenn" oder „soweit" oder einen entsprechenden Nebensatz zum Ausdruck, vgl. §§ 162, 212, 213, 214, 216, 333, 379, 415, 416, 632, 653, 689, 729, 940, 1001, 1063, 1247, 1256, 1949, 1953, 2073, 2137, 2143, 2150, 2172, 2175, 2191, 2252, 2256, 2306, 2331 (Satz 2), 2349, 2383. Sie nähert sich einer Vermuthung, wenn das Gesetz sagt, sie gelte „sofern nicht, wenn nicht, es sei denn", vgl. §§ 370, 568, 625, 643, 1171, 1257. 2102, 2307, 215, 1699, 1720, 1058, 1248, 1319, 1717 Abs. 1, 2366, 2370, unterscheidet sich aber von ihr dadurch, daß in den angeführten Paragraphen der Gegenbeweis nur nach einer bestimmten Richtung hin zulässig ist, bei einer bloßen Vermuthung dagegen ganz allgemein. Soll wirk-

betrachtet steht durchaus fest und wird nicht bloß vermuthet (wenn wir von der Erweiterung ihrer Dauer nach Abs. 2 des § 1592 absehen). Vermuthet wird nur die Abstammung aus einem in ihr vorgenommenen Beischlafe. Es tritt hier zu Tage, daß die von den Aussprüchen der römischen Quellen abweichende Formulirung des Rechtsgedankens keineswegs nebensächlich ist. Dort wird einfach gesagt, daß ein in dem betreffenden Zeitabschnitte geborenes Kind ehelich sei; das BGB. dagegen führt die einzelnen Bestandtheile des Rechtsgedankens einzeln auf und giebt an, welche von ihnen bloße Vermuthungen sind, welche nicht, und inwieweit sie durch einen Gegenbeweis widerlegt werden können. Und der Rechtssatz ist trotz seines engen Anschlusses an eine auch ohne rechtliche Anerkennung feststehende Erfahrungsthatsache von Werth, insofern er die Beweislast zu Gunsten des Kindes verändert. Dieses würde nach den allgemeinen Grundsätzen unterliegen, sobald es zweifelhaft wird, ob es durch eine bestimmte Beiwohnung erzeugt ist oder einer anderen, ebenfalls in Betracht kommenden entstammt. Jetzt dagegen braucht das Kind zur Begründung seiner Ansprüche sich nur auf einen innerhalb der Empfängniß liegenden Beischlaf zu berufen und siegt, wenn nicht der ursächliche Zusammenhang zwischen dieser Thatsache und der Geburt durch einen gelungenen Gegenbeweis widerlegt wird. Es ist dann aber auch billig, daß diese Gegenbeweisführung im weitesten Umfange gestattet wird und namentlich auch aus der Reife des Kindes erbracht werden darf, damit die natürliche Grundlage der Verwandtschaft, die Abstammung des Kindes von dem Ehemanne, nicht weiter verlassen wird, als nothwendig ist[1]).

Frühgeburten fallen, wie erwähnt, nicht unter das Gesetz. Da aber zur Begründung der Klage weiter nichts gehört als der Beweis, daß das Kind nach Ablauf der Empfängnißzeit in der Ehe geboren ist, oder wenn es sich um uneheliche Zeugung handelt, daß der angebliche Vater innerhalb der Empfängnißzeit der Mutter beigewohnt hat, so trifft den Gegner die Pflicht, darzulegen, daß das Kind noch

---

lich nur eine solche aufgestellt werden, so gebraucht das Gesetz den Ausdruck „gilt im Zweifel", z. B. § 336 Abs. 2, 453.

[1]) Den Gegenbeweis aus der Reife des Kindes lassen auch zu Cosack, Lehrbuch d. deutschen bürgerl. Rechts 1 S. 85, Hirsch, Die Rechtsverhältnisse d. unehel. Kinder, S. 72 (womit S. 65 aber kaum in Einklang stehen dürfte). Etwas anders Matthiaß II S. 266.

nicht 181 Tage im Mutterleibe gewesen sein könne. Alsdann spricht keine gesetzliche Vermuthung mehr für seine Erzeugung durch Denjenigen, der mit der Mutter den Beischlaf vollzogen hatte, und es muß der Beweis seiner Abstammung unter ausschließlicher Berücksichtigung der naturwissenschaftlichen Grundsätze geführt werden. Dies gilt auch für eine von der Frau während der Ehe zur Welt gebrachte Frucht, ein Ergebniß, daß der Gesetzgeber schwerlich beabsichtigt hat, das sich aber nicht abweisen läßt, da das BGB. einen dem römischen „Pater est quem nuptiae demonstrant" entsprechenden allgemeinen Satz nicht enthält. Vermuthet wird nach § 1591 Abs. 2 nur, daß der Mann innerhalb der Empfängnißzeit der Frau beigewohnt hat, und was Empfängnißzeit ist, sagt § 1592. Diese Empfängnißzeit kann bei einer Frucht, die noch nicht 6 Monate im Mutterleibe gewesen ist, nie zutreffen. Eine solche Frucht ist aber auch nicht lebensfähig. Daher hat die Anfechtung ihres Personenstandes für sich allein keinen Zweck. Will aber der Mann eine Ehescheidungsklage gründen auf ihre angebliche uneheliche Erzeugung, so muß er diese beweisen, weil das Versagen der Vermuthung für die eheliche Abstammung noch keine Vermuthung für ihr Gegentheil begründet. Und ist die Vaterschaft des Mannes in erbrechtlicher Beziehung von Wichtigkeit, so trifft allerdings Denjenigen, der als Erbe des Kindes behauptet, daß dieses einen Nachlaß erworben habe, z. B. den des Mannes, die Beweispflicht, aber der Richter ist nicht gehindert, die nach menschlicher Erfahrung so außerordentlich naheliegende Annahme, daß unter den Eheleuten geschlechtlicher Verkehr stattgehabt habe, seiner Entscheidung zu Grunde zu legen. Ein Nachtheil für den Rechtsnachfolger des Kindes tritt daher nur ein, wenn jene praesumtio hominis durch besondere Umstände erschüttert wird, braucht aber hier auch nicht durch das Gesetz abgewendet zu werden, da allein das Kind einen berechtigten Anspruch auf Schutz seines Familienstandes hat, nicht außerdem noch andere, die aus derartigen Bestimmungen für ihre noch dazu zweifelhaften Vermögensansprüche Nutzen ziehen wollen.

Ist das Kind nach Auflösung der Ehe geboren, so gelten entsprechend dieselben Grundsätze, und wer die Unehelichkeit des Kindes auf Grund seiner mangelhaften Reife behauptet, muß darthun, daß diese in einem Maße vorhanden gewesen ist, das zu der Dauer der seit Beendigung der Ehe verflossenen Zeit in Widerspruch steht. Dabei

kommen dann allerdings nach der besonderen Sachlage (nämlich weil die im Abs. 2 des § 1591 aufgestellte Vermuthung stattgehabten Verkehrs zwischen den Eheleuten nicht Platz greift) nicht bloß Frühgeburten im bisherigen Sinne in Betracht, sondern alle nicht vollkommen ausgebildeten Kinder. Der Gegenbeweis aus der Reife gestaltet sich für beide Fälle gleichartig. In derselben Weise kann endlich die Abstammung eines unehelichen Kindes von dem angeblichen Vater widerlegt werden, wenn es in den späteren Monaten der Empfängnißzeit geboren ist. Sind seit dem behaupteten Beischlaf noch nicht einmal 181 Tage verflossen, so besteht überhaupt keine Vermuthung für die Erzeugung aus ihm (vergl. unten § 6 I).

II. Daß ein von einer Frau in der Ehe[1]) geborenes Kind von den beiden Gatten mit einander erzeugt ist, bildet so sehr die Regel, daß dieses Abstammungsverhältniß allgemein vermuthet wird. Es wäre daher eine arge und ganz ungerechtfertigte Beleidigung des weiblichen Geschlechtes, wenn der Richter, obwohl zu freier Beweiswürdigung befugt, jedesmal, wo er über die Abstammung eines Menschen von bestimmten Eltern zu urtheilen hat (die ja auch als Voraussetzung für den Anspruch auf das streitige Recht oder für die Verpflichtung zur Einlassung auf die Klage von Wichtigkeit werden kann), erst den Beweis für die Richtigkeit jener Vermuthung im vorliegenden Falle verlangen wollte. Der Versuch der Proceßparteien, durch Bestreitung der ehelichen Abstammung dem Gegner Schwierigkeiten zu bereiten, wird deßhalb gewöhnlich geringen Erfolg haben. Aber das beabsichtigte Ergebniß könnte leicht erreicht werden, sobald ein gewisser Verdacht des Ehebruchs vorliegt und in dem Richter Zweifel über die Ehelichkeit des Kindes hervorruft. So liegt für das Kind die Gefahr vor, einer ihm gebührenden Familienangehörigkeit verlustig zu gehen. Es ist ihr um so mehr ausgesetzt, als es den Beweis führen müßte, daß seine Eltern innerhalb der Empfängnißzeit ge-

[1]) Damit die Grundsätze über die eheliche Abstammung eines Kinder überhaupt Anwendung finden können, muß zunächst feststehen, daß seine angeblichen Eltern in einer gültigen Ehe gelebt haben. Dazu reichen kirchliche oder standesamtliche Bescheinigungen nicht aus, wenn behauptet wird, daß einer der Gatten sich der Bigamie schuldig gemacht habe. Nach Seuffert XXVI Nr. 290 hat das Kind den Beweis zu führen, daß die erste Ehe zur Zeit der Eingehung der zweiten (der es selbst entstammt) schon gelöst war. Personenstandsgesetz § 15 hat hieran nichts geändert.

schlechtlich mit einander verkehrt haben. Dies aber stößt auf große Schwierigkeiten, da nach der Natur der Sache andere Beweismittel als die Angaben des Vaters und der Mutter nur ganz ausnahmsweise zu Gebote stehen, ihre Glaubwürdigkeit aber gering ist, falls beide Theile, wie hier wegen ihres entgegengesetzten Interesses zu erwarten ist, widersprechende Behauptungen aufstellen. Es ist daher nicht mehr als billig, dem Kinde durch Aufstellung einer Vermuthung zu seinen Gunsten zu Hülfe zu kommen und ihm die dem äußeren Anscheine nach vorhandene Ehelichkeit erst nach Durchführung eines überzeugenden Beweises für das Gegentheil abzusprechen. Auf diese Weise wird zugleich die Frau besser vor muthwilligen Angriffen auf ihre Ehre geschützt und der ihr Schamgefühl verletzenden Nothwendigkeit überhoben, über die geheimsten Vorgänge ihres Ehelebens Auskunft zu geben. Da die betreffenden gesetzlichen Vermuthungen ganz unbeschränkt aufgestellt werden, so können sie freilich unter Umständen auch zum Nachtheil des Kindes ausschlagen. Behauptet es namentlich, im Ehebruche erzeugt zu sein, und will seinen außerehelichen Erzeuger in Anspruch nehmen, so muß es beweisen, daß es nicht von dem Ehemanne seiner Mutter abstammen kann, sonst ist der Beklagte ohne weiteres auf Grund des § 1591 Abs. 2 durch die sogen. exc. plurium concumbentium geschützt (vgl. § 1717). Aber der Regel nach greifen doch die ersteren Gesichtspunkte Platz. So finden wir denn sowohl bei den alten Deutschen wie bei den Römern die Rechtsvermuthung, die in dem bekannten Ausspruche des Paulus „pater is est quem nuptiae demonstrant“ ihren herkömmlichsten Ausdruck gefunden hat. Damit ist zugleich der Vortheil erreicht, daß auch für die Fälle, wo wegen eines erwiesenen Ehebruchs die Vaterschaft des Ehemannes zweifelhaft, aber doch wegen seiner Beiwohnung mit der Mutter während der Empfängnißzeit nicht ausgeschlossen ist[1]), eine gleichmäßige Entscheidung ohne Rücksicht auf die Stellung der Parteien im Rechtsstreite gewährleistet und das Ergebniß, daß das Kind vielleicht gegen keinen seiner angeblichen Erzeuger Ansprüche geltend machen kann, vermieden wird[2]). Auch die neueren Gesetzgebungen haben sich dem Gewichte dieser Erwägungen nicht entziehen können,

[1]) fr. 12 § 9 D. 48, 5: cum possit et illa adultera esse et impubes defunctum patrem habuisse. Vgl. auch Haidlen III S. 384.

[2]) Ueber die Gründe der Rechtsvermuthung vgl. Stintzing a. a. O. S. 422–23 und Fuchs a. a. O. S. 4.

und das BGB. § 1591 hat sich ihnen angeschlossen, indem es zwei Vermuthungen aufstellt, einmal daß der Ehemann seiner Frau während der Empfängnißzeit beigewohnt habe, und sodann daß das Kind aus diesem geschlechtlichen Verkehre entsprungen sei. Nach beiden Richtungen hin steht aber der Gegenbeweis frei.

1. Was zur Widerlegung der ersten Vermuthung erforderlich sei, war im gemeinen Rechte streitig. Das BGB. enthält hierüber keine besonderen Vorschriften. Damit ist ein etwaiger älterer Rechtssatz, der in dieser Richtung Beschränkungen aufstellte, nach EG. Art. 55 beseitigt, und es bleibt nur zu untersuchen, ob nach der Natur der entscheidenden Verhältnisse gewisse Thatsachen allein Berücksichtigung verdienen. Die gemeinrechtliche Controverse ist aber wohl wesentlich darauf zurückzuführen, daß man die verschiedenen in Betracht kommenden Punkte nicht immer genügend aus einander hielt. Den Ausgangspunkt der Erörterungen bildet das bekannte fr. 6 D. 1, 6, in dem Ulpianus zunächst in Uebereinstimmung mit Julianus die für die Ehelichkeit der Kinder sprechende Vermuthung für den Fall zurückweist, daß der Mann bei seiner Rückkehr nach mehrjähriger Abwesenheit ein einjähriges Söhnlein im Hause vorfindet, andererseits aber die Ableugnung der Vaterschaft nicht zuläßt, wenn er andauernd mit seiner Ehefrau zusammengelebt hat. Ulpian läßt nun von diesem letzteren Satze doch wieder Ausnahmen zu „si constat maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse, infirmitate interveniente vel alia causa, vel si ex valetudine paterfamilias fuit, ut generare non possit“. In allen angeführten Fällen ist es unmöglich, daß der Ehemann Erzeuger des Kindes ist, weil er überhaupt keinen Zeugungsact vorgenommen hat. Wenn daher die älteren Schriftsteller zur Widerlegung der gesetzlichen Vermuthung den Beweis der Unmöglichkeit der Zeugung fordern, so befinden sie sich durchaus in Uebereinstimmung mit den römischen Juristen und mit der Natur der Sache, da der Zweck der Vorschrift es verbietet, die Entscheidung auf bloße Möglichkeiten und Wahrscheinlichkeiten zu stützen oder die Abstammung des Kindes zweifelhaft zu lassen[1]). Auch indem man dem

[1]) Dieser Ausgangspunkt tritt recht deutlich bei v. Bülow, Abhandl. über einzelne Materien d. bürgerl. Rechts. 2. Theil Nr. XXXI, hervor. Vgl. auch Mackeldey, Lehrb. d. heutigen röm. Rechts §. 539, Göschen, Vorlesungen über d. gem. Civilrecht I § 42. Auch Savigny, System d. heut. röm. Rechts, spricht nur ganz allgemein von einer völligen Un-

Grundsatze die andere Wendung gab, es müsse die Unmöglichkeit der Beiwohnung bewiesen werden[1]), entfernte man sich noch nicht wesentlich von den richtigen Anschauungen, wenn man auch die seltenen Fälle, wo der Ehemann trotz stattgehabten geschlechtlichen Verkehres nicht der Erzeuger sein kann, unberücksichtigt ließ[2]). Dagegen war es eine unzutreffende Forderung, wenn man aus diesen Erwägungen den Satz ableitete, es müsse die physische Unmöglichkeit des Beischlafs aus bestimmten Thatsachen, die einen zwingenden Schluß gestatteten, erhellen[3]), oder gar nur Abwesenheit und Impotenz berücksichtigte[4]), obwohl doch Ulpian ausdrücklich hinzufügt „vel alia causa". Man übersah dabei, daß die Anforderungen, die man an den Gegenbeweis gegen die Rechtsvermuthung „Pater est quem nuptiae demonstrant" stellen darf und muß, keineswegs auch für den Gegenbeweis gegen einen einzelnen ihrer Bestandtheile maßgebend sind. Selbst vom Standpunkt unserer Quellenstelle aus war diese Meinung unrichtig, da nur die Thatsache des „non concubuisse", nicht die Unmöglichkeit des Gegentheils vorausgesetzt wird. Und mehr kann auch nach dem Wesen des streitigen Rechtsverhältnisses nicht verlangt werden, da die Wahrscheinlichkeit der Abstammung des Kindes vom Vater in bündigster Weise widerlegt ist, wenn die Unterlassung der Beiwohnung feststeht. Diesen Beweis auf die Darlegung von Thatsachen zu beschränken, bei denen das Vorkommen ehelichen Umganges undenkbar ist, liegt kein Grund vor, wenn nur der Richter die sichere Ueberzeugung gewinnt, daß kein Verkehr unter den Ehegatten stattgehabt hat, wie in unserer Zeit auch schon überwiegend angenommen wurde[5]). Die gegentheilige Ansicht dürfte theils auf

---

möglichkeit (II S. 390, nach dem Zusammenhange = Unmöglichkeit, daß der Ehegatte Vater des Kindes sei).

[1]) Vgl. Seuffert I Nr. 162, VIII Nr. 229, XXIV Nr. 207, XLI Nr. 3, Stintzing a. a. O. S. 445.

[2]) Ulpian unterscheidet schon deutlich genug zwischen Unfähigkeit zum Beischlaf und Zeugungsunfähigkeit.

[3]) Reichsgericht 12 S. 165 für den Fall, daß die Ehegatten in ungetrennter Gemeinschaft gelebt haben.

[4]) Glück a. a. O. 28 S. 134 u. 135, Sintenis, Das prakt. gem. Civilrecht 3 § 138.

[5]) So z. B. Seuffert I Nr. 162, II Nr. 186, XIX Nr. 9, XX Nr. 198 (mit ausführlicher Begründung), XXIX Nr. 4, XXXVIII Nr. 205; Reichsgericht 12 S. 165 für den Fall, daß die Ehegatten in getrennten Wohnungen gelebt haben, und 41 S. 158; Fuchs a. a. O. S. 60 ff. Vgl. jetzt Fischer-Henle Anm. 5 zu § 1391; Matthiaß II S. 266.

ängstlichem Sichanklammern an die von Ulpianus ausdrücklich erwähnten Beispiele beruhen, theils eine Nachwirkung des der gemeinrechtlichen strengen Beweistheorie zu Grunde liegenden Strebens sein, das richterliche Ermessen möglichst zu beschränken und durch allgemeine Regeln festzustellen, was nöthig und was ausreichend sei, um den Richter von der Wahrheit streitiger Thatsachen zu überzeugen. Mehr Anspruch auf Beachtung hätte die Forderung, daß nicht das Unterlassen der Beiwohnung unmittelbar zum Gegenstande der Beweisführung, namentlich nicht einer Eidesauflage, gemacht werden dürfe, um ein Eindringen in die Geheimnisse des ehelichen Lebens möglichst zu vermeiden[1]). Ob dieser Zweck wirklich jene Einschränkung gebietet, ist aber zweifelhaft, da ja doch auf die Frage, ob eine eheliche Beiwohnung stattgehabt hat oder nicht, eingegangen werden muß und mindestens der die Ehelichkeit des Kindes anfechtende Kläger die bestimmte Behauptung, daß die eheliche Beiwohnung nicht vorgekommen sei, aufstellen muß und aufzustellen auch kein Bedenken tragen wird. Ihre Richtigkeit oder Unrichtigkeit zu bekunden, vermögen nur die Ehegatten, soweit sich nicht aus äußeren Umständen ein Beweis führen läßt (in welchem Falle ja aber der ganze Streit gegenstandslos ist). Bloße Parteibehauptungen ohne unterstützende Thatsachen vermögen den Richter in einem Rechtsstreite, wie er hier vorausgesetzt wird, am wenigsten zu überzeugen. Legt dagegen der Richter bei dem Vorliegen solcher dem klagenden Ehemanne einen Eid über seine angebliche Unterlassung der Beiwohnung auf[2]), so hat jedenfalls dieser keinen Grund, sich hierüber zu beklagen und sich demgegenüber auf eine Verletzung seines Schamgefühls zu berufen, denn nach der gegnerischen Ansicht müßte er ja hier sofort mit seiner Klage gänzlich abgewiesen werden. Dasselbe gilt in verstärktem Maße von Fremden, welche die Ehelichkeit des Kindes bestreiten[3]). Für die Gegenpartei im Processe kann eine Eidesleistung nur in Betracht kommen, wenn die Mutter in Vertretung des Kindes oder in eigenem Interesse auftritt. Für sie könnte dann allerdings die peinliche Lage entstehen, über ihren Verkehr mit dem Ehemanne Auskunft geben zu müssen, und ebenso könnte sie hierzu gezwungen sein, wenn sie von einer Partei

[1]) Diesen Gesichtspunkt heben namentlich Seuffert XIX Nr. 9 und XLI Nr. 3 hervor, dann Burckhard a. a. O. S. 339.

[2]) Vgl. Seuffert XXXVIII Nr. 205, Eid der Frau XX Nr. 198.

[3]) Vgl. Reichsgericht 22 S. 224.

als Zeugin benannt wird und durch Verweigerung der Aussage ihrem Kinde Nachtheil zu bereiten fürchtet. Allein im Rechtsstreite mit dem Ehemanne kommen hier C.Pr.O. § 641 und § 617 zur Anwendung. Wird aber die Unehelichkeit des Kindes von Anderen behauptet, so ist für das geltende Recht anzunehmen, daß die Gefühle und Bedenken der Frau im Widerstreite mit den klägerischen Interessen nicht berücksichtigt werden. Denn nicht nur fehlt es an einer entsprechenden ausdrücklichen Bestimmung, die gegenüber dem geringen Gewichte der angedeuteten allgemeinen Erwägungen unbedingt gefordert werden müßte, sondern auch in dem ganz ähnlichen Falle, daß der Ehemann gegen eine Scheidungsklage die sogen. Compensationseinrede vorbringt, ist nach bisherigem Rechte unzweifelhaft eine Eideszuschiebung an die Frau zulässig[1]. Demnach sind bei dem Gegenbeweise gegen die gesetzliche Vermuthung der ehelichen Beiwohnung nur die durch CPrO. §§ 641, 617 aufgestellten Beschränkungen anzuerkennen, die auf rein processualen Gesichtspunkten beruhen[2]). Erhebliche Wichtigkeit kommt übrigens der ganzen Streitfrage nicht mehr zu, da die Anfechtung der Ehelichkeit des Kindes nur in engen Grenzen gestattet ist und selbst innerhalb dieser die hervorgehobenen Fälle, wo es zu einer Beweisführung über die Frage kommen kann, ob eine Beiwohnung stattgehabt hat, seltene Ausnahmen bilden.

Als Thatsachen, aus denen mit mehr oder minder Sicherheit auf eine Unterlassung des Beischlafs geschlossen werden kann, werden außer der schon in fr. 6 cit. erwähnten Abwesenheit, wobei an eine größere Entfernung zu denken ist, die einen auch nur zeitweiligen Verkehr unter den Ehegatten ausschließt, und Impotenz angeführt[3])

---

[1]) Seuffert, Kommentar zur CPrO. Anm. 3 zu § 577 (alter Fassung).

[2]) Noch deutlicher als im BGB. selbst trat die Richtigkeit dieses Ergebnisses im Entwurf I § 1469 hervor, wonach die Vermuthung, daß das Kind von dem Ehemanne erzeugt sei, nur durch den Beweis sollte entkräftet werden können, daß er mit der Ehefrau den Beischlaf nicht vollzogen habe. Im BGB. ist die Zulässigkeit des Gegenbeweises nicht eingeschränkt, sondern durch Aufnahme des § 1591 Abs. 1 Satz 2 erweitert. — Das Bedenken, das im früheren Proceßrecht aus der Auffassung des gegen die gesetzliche Vermuthung zu führenden Beweises als eines directen Gegenbeweises und dem Satze, daß man sich zu dessen Durchführung eines Eidesantrages nicht bedienen dürfe, ist durch G. z. CPrO. § 16 Nr. 1 beseitigt.

[3]) Fuchs a. a. O. S. 46 ff. und 58 ff.

Haft des Ehemannes, außergerichtliche Trennung der Gatten in Folge von Zwistigkeiten, eine räumliche Trennung, die zwar wegen der Geringfügigkeit der zurückzulegenden Strecke ihr Zusammentreffen ermöglicht, aber nach den begleitenden Umständen immer nur in Gegenwart Fremder, z. B. Aufenthalt eines von ihnen in einem Krankenhause, wo noch mehrere Kranke sich in demselben Zimmer befinden. Viel kommt hierbei auf die Beurtheilung der Sachlage im einzelnen Falle an; namentlich ist, wie Fuchs (a. a. O. S. 46) mit Recht hervorhebt, zwischen einer durch äußere Ursachen, z. B. Geschäfte, veranlaßten Trennung und einer allein durch den Willen der Eheleute erfolgten Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft zu unterscheiden. Der vom Reichsgericht[1]) gelegentlich ausgesprochene Satz, daß, wenn die Ehegatten in ungetrennter Gemeinschaft gelebt haben, der Gegenbeweis nur zulässig sei durch den Nachweis einer den Beischlaf verhindernden Krankheit, kann daher in dieser Allgemeinheit nicht als zutreffend anerkannt werden. Der eheliche Friede kann trotz äußerlichen Zusammenlebens der Gatten so vollständig zerstört sein, daß das Gericht kein Bedenken zu tragen braucht, dem klagenden Ehemanne einen Eid zur Erhärtung seiner Behauptung aufzuerlegen. Größte Vorsicht ist dem Richter allerdings dringend zu empfehlen, aber ebenso auch da nicht außer Acht zu lassen, wo die Absicht, eine Scheidung der Ehe zu erwirken, vorliegt, da sie gegen den stärksten aller menschlichen Triebe nicht immer ein genügendes Gegengewicht bildet. Die Berufung darauf, daß der Ehemann sich in einem Gesundheitszustande befunden habe, der die Vollziehung des Beischlafes für ihn schädlich macht, dürfte deßhalb ebenfalls nicht zur Widerlegung der Vermuthung oder auch nur zur Auferlegung eines richterlichen Eides an den Mann ausreichen. Von größter Bedeutung ist es natürlich, ob die als Zeugin vernommene Ehefrau die klägerischen Behauptungen zugesteht oder bestreitet. Im ersteren Falle kann nur unter ganz außergewöhnlichen Verhältnissen der Verdacht einer Collusion entstehen, z. B. um einem wohlhabenden Ehebrecher die Kosten des Unterhaltes des Kindes aufzubürden[2]). Leugnet dagegen die Mutter den Umgang mit einem fremden Manne, so kann nur die richterliche

[1]) Reichsgericht 12 S. 165, anders jetzt ebd. 41 S. 158.

[2]) Vgl. den bei Seuffert XIII Nr. 232 angeführten Fall. Auf einen anderen Grund weist fr. 29 § 1 D. 22, 3 hin.

Beurtheilung der gerade vorliegenden Umstände darüber entscheiden, wessen Angabe mehr Glauben verdient.

2. Steht fest, daß innerhalb der maßgebenden Zeit ein geschlechtlicher Verkehr unter den Ehegatten vorgekommen ist, so ist das Kind nur dann nicht ehelich, wenn es den Umständen nach offenbar unmöglich ist, daß die Frau das Kind von dem Manne empfangen hat. Das mehrfach angeführte Beispiel, daß eine Europäerin ihren weißen Gemahl mit einem Negerknaben überrascht — es könnte doch wohl nur ein Mulatte sein —, wird auch durch den Erwerb von Colonien seitens des Deutschen Reiches nicht an praktischer Bedeutung gewonnen haben. Der Hauptfall ist vielmehr der, daß nachgewiesen werden kann, die Ehefrau sei zur Zeit der ersten Beiwohnung ihres Mannes bereits schwanger gewesen[1]). Dieser Beweis ist schwierig, aber keineswegs unmöglich[2]). Bei ihm kann auch der Reifegrad des zur Welt kommenden Kindes eine große Rolle spielen. Die Beweislast trifft hier selbstverständlich Denjenigen, der die Unanwendbarkeit der gesetzlichen Vermuthung behauptet. Ebenso ist diese zu vertheilen, wenn die uneheliche Erzeugung eines nach Auflösung der Ehe geborenen Kindes behauptet wird. Hier ist allerdings, wie wir gesehen haben, die Berufung auf die mangelhafte Entwicklung der Frucht schon aus anderen Gründen zulässig. Aber daß sie vorliegt, muß der Anfechtende beweisen, und es genügt nicht, daß es nach den Umständen zweifelhaft bleibt, ob das Kind von dem Ehemanne herrühre, sondern es muß das Gegentheil bestimmt festgestellt werden können. Dabei wird es dann von Bedeutung, wann die Mutter nachweislich nach Beendigung des ehelichen Verhältnisses einem anderen Manne die Beiwohnung gestattet hat, und ob die seitdem verflossene Frist dem Entwicklungszustande der Leibesfrucht entspricht. An sich fällt dagegen ein solcher Verkehr gegen die gesetzliche Vermuthung so wenig in's Gewicht wie ein Ehebruch innerhalb der kritischen Zeit während der Ehe.

III. Während es im gemeinen Rechte bestritten war[3]), ob ein

[1]) In einer besonderen Anwendung erwähnte ihn Entw. I § 1467 Abs. 2.

[2]) Ein Beispiel bietet der Rechtsfall bei Seuffert XIII Nr. 123 (daß es sich dabei um außereheliche Zeugung handelte, ist für unsere Frage einflußlos).

[3]) Stintzing a. a. O. S. 418 ff., insbesondere S. 434 ff., v. Sicherer, RG. über die Beurkundung des Personenstandes. S. 228 Anm. 35. Ueber das ältere deutsche Recht vgl. Stobbe IV § 251 unter I.

in der Ehe, aber vor dem 181. Tage geborenes Kind als eheliches oder als durch nachfolgende Ehe legitimirtes anzusehen sei, falls es vom Ehemanne erzeugt ist, und ob die Abstammung von ihm nur durch seine, wenn auch stillschweigende Anerkennung oder auch in anderer Weise bewiesen werden könne, erklärt BGB. § 1591 in theilweisem Anschlusse an das preuß. LR. II 2 § 1. 2 ein derartiges Kind für ein eheliches und bezieht die Vermuthung, daß der Mann innerhalb der Empfängnißzeit der Frau beigewohnt habe, auch auf diesen Fall. Die Vermuthung gilt jedoch nur, wenn der Mann gestorben ist, ohne die Ehelichkeit des Kindes angefochten zu haben. Die Möglichkeit, daß er gestorben ist, ohne das Anfechtungsrecht verloren zu haben, erwähnt das Gesetz nicht besonders, eine Abweichung von § 1593, die offenbar auf bewußter Absicht beruht. Ob er sein Anfechtungsrecht verloren hatte oder nicht, ja ob er von der Geburt des Kindes Kenntniß erhalten hatte oder nicht, ist für die Anwendbarkeit der Vermuthung gleichgültig[1]). Hat er es nicht verloren, so dürfen Dritte nach § 1593 die Unehelichkeit des Kindes geltend machen, müssen aber den Beweis übernehmen, daß der Ehemann seiner Frau vor der Eheschließung nicht beigewohnt habe. In der Bestimmung ist aber auch weiter der Grundsatz enthalten, daß die Vermuthung nicht gilt, sobald der Mann die Ehelichkeit des Kindes anficht. Dieses Bestreiten der Vaterschaft braucht er nicht weiter zu begründen; er wird mit der einfachen Behauptung gehört, daß er vor der Eingehung der Ehe keinen geschlechtlichen Verkehr mit seiner Frau gepflogen habe, und der Gegner muß den Beweis des Gegentheils führen. Alle die Streitfragen, die sich bei einem später geborenen Kinde an den Gegenbeweis gegen die Vermuthung der ehelichen Beiwohnung knüpfen, fallen hier demnach hinweg. Muß dagegen der Ehemann zugestehen, mit seiner nachherigen Frau schon vor der Hochzeit verkehrt zu haben, so darf er immerhin noch den Beweis unternehmen, daß das Kind unmöglich aus diesem Beischlaf stamme, jedoch nützt es ihm nichts, daß er darzuthun vermag, sie habe vor der Ehe auch noch mit anderen Männern verkehrt, obwohl er dann, wenn es nicht zur Eheschließung gekommen wäre und er als außerehelicher Erzeuger des Kindes in Anspruch genommen würde,

[1]) Ebenso, wenn auch zweifelnd, Matthiaß II S. 266.

sich nach § 1717 auf diese Thatsache berufen dürfte. Die Reife des Kindes kommt hier in der umgekehrten Richtung wie bei einem später geborenen in Betracht. Wenn der Ehemann zugiebt, schon vor der Hochzeit die ehelichen Rechte ausgeübt zu haben, aber dieses Zugeständniß auf einen bestimmten Zeitraum der Schwangerschaftsdauer beschränkt, der weniger beträgt als die Empfängnißzeit, so ist von der Gegenseite darzuthun, daß die zur Welt gekommene Frucht nach ihrer Beschaffenheit zur Zeit der Geburt durch die zugestandene Beiwohnung entstanden sein könne. Dann findet zwar nicht die gesetzliche Vermuthung des § 1591 Anwendung, aber doch der Erfahrungsschluß, daß er der Vater des Kindes sei, und er muß demgegenüber darlegen, daß die Frau sich in der gleichen Zeit noch anderen Männern hingegeben habe.

IV. Wird von einer Frau, die zum zweiten Male verheirathet ist, ein Kind geboren, so führen unter Umständen die gesetzlichen Bestimmungen dahin, daß es sowohl als ehelicher Abkömmling des ersten als des zweiten Mannes angesehen werden könnte. Dies ist nämlich möglich, wenn es mindestens am 181. Tage nach Eingehung der zweiten Ehe und nicht später als am 302. Tage nach Auflösung der früheren zur Welt kommt — was sich namentlich im Falle der Scheidung ereignen kann, obgleich eine derartige Ehe gegen BGB. § 1313 verstößt —, oder wenn das Kind vor dem 181. Tage, aber gleichfalls nicht später als am 302. Tage nach Auflösung der früheren Ehe geboren wird und der zweite Ehemann seine Vaterschaft nicht ausdrücklich ablehnt, so daß an sich § 1591 Abs. 2 zur Anwendung kommen müßte. Bei dieser Sachlage soll das Kind, wenn es innerhalb 270 Tagen nach Auflösung der früheren Ehe geboren wird, nach § 1600 als Kind des ersten Mannes gelten, wenn es später geboren wird, als Kind des zweiten Mannes. Die Vorschrift greift nicht Platz, wenn der erste Mann die Ehelichkeit des Kindes mit Erfolg bestritten hat; denn dann liegt der vorausgesetzte Zweifel nicht mehr vor, sondern die Sache ist einfach nach § 1591 zu beurteilen, d. h. das Kind gilt, sobald es nur nach Eingehung der zweiten Ehe zur Welt kommt, stets als von dem zweiten Manne erzeugt, vorbehaltlich dessen Anfechtungsrechtes. Bestreitet der zweite Mann seine Vaterschaft, wozu er nur Anlaß hat, wenn das Kind später als am 270. Tage geboren wird, so gilt es nach §§ 1591,

1592 als das des ersten Mannes[1]). Denkbarer Weise können auch Beide mit Erfolg die Ehelichkeit des Kindes anfechten.

V. Ist nach den oben besprochenen Grundsätzen die gewöhnliche Vermuthung ehelicher Abstammung bei einem in der Ehe geborenen Kinde durch besondere Umstände ausgeschlossen, so darf doch seine Unehelichkeit nicht ohne Weiteres angenommen werden[2]), namentlich da sein Familienstand, von seltenen Ausnahmefällen abgesehen, zunächst auf Grund der gesetzlichen Vermuthung im Personenstandsregister[3]) festgestellt ist. Wer aber zur gerichtlichen Geltendmachung der Unehelichkeit befugt sei, war im gemeinen Rechte streitig[4]). Die Quellen ergeben weiter nichts als den selbstverständlichen Satz, daß der Ehemann seine Vaterschaft bestreiten kann; nur in dem Ausspruche, daß die über den status einer Person ergehende rechtskräftige Entscheidung ganz allgemein auch für Andere maßgebend sei[5]), liegt eine Andeutung, daß ohne eine solche Diejenigen, welche aus der ehelichen oder unehelichen Abstammung Ansprüche ableiten, diese oder jene geltend machen dürfen. Die neueren Gesetzgebungen haben meistens nur dem Ehemanne das Anfechtungsrecht gewährt[6]). Das BGB. § 1593 (vergl. auch § 1596 Abs. 3) ist diesem Beispiele im Ganzen und Großen gefolgt, trägt aber doch auch dem gemeinrechtlichen Standpunkte in gewissem Umfange Rechnung. Nach ihm ist zunächst der Ehemann zu der Entscheidung darüber berufen, ob die Frage der Ehelichkeit des Kindes erörtert werden soll oder nicht; er darf seine Vaterschaft bestreiten, aber auch durch sein Verhalten Anderen die Anfechtung des Familienstandes unmöglich machen. Erst wenn er nicht dazu gekommen ist, sich zu dem Einen oder dem Anderen zu entschließen, dürfen Dritte die Angelegenheit zum Austrag bringen. Die Bestreitung der ehelichen Abstammung des Kindes seitens des Ehemannes nennt das Gesetz Anfechtung; in den übrigen Fällen spricht es von Geltendmachung der Unehelichkeit. Die von dem

---

[1]) A. A. Fraenkel S. 106 u. 107.

[2]) Beachtenswerthe Ausführungen de lege ferenda von Bernhöft in der Zeitschr. für vergleichende Rechtswissenschaft 4 S. 255 ff.

[3]) Ueber deren Beweiskraft v. Sicherer a. a. O. S. 218 bei Anm. 16.

[4]) Stobbe IV § 251 unter VI, Dernburg III § 28, Fuchs a. a. O. S. 77 ff.

[5]) fr. 1 § 16 — fr. 3 pr. D. 25, 3; fr. 1 § 4 D. 43, 30.

[6]) Stobbe a. a. O., Haiblen III S. 388.

Anfechtungsrechte handelnden §§ 1594—99 haben also nur für den angeblichen Vater Bedeutung.

1. Auch dem Ehemanne ist die Anfechtung der Ehelichkeit des Kindes nicht unbeschränkt gestattet, vielmehr wird sie durch Ablauf einer Frist von einem Jahre, sowie durch Anerkennung der Vaterschaft ausgeschlossen. Das ganze Anfechtungsrecht wird aber von dem Bestreben beherrscht, möglichst häufig und möglichst bald eine einheitliche und feste Gestaltung der durch die eheliche Geburt bedingten Rechtsverhältnisse zu erreichen. Jene Frist (§ 1594) beginnt mit dem Zeitpunkte, wo er die Geburt des Kindes erfährt, wobei er jedoch nicht nur von der Thatsache der Geburt, sondern auch davon, wann sie stattgehabt hat, Kunde erhalten haben muß. Sie begründet keine Verjährung, weil nicht ein Anspruch im Sinne des BGB. § 194 in Frage steht[1]), sondern ist eine Ausschlußfrist und daher von Amts wegen zu beachten. Durch Abs. 3 des § 1594 sind aber die Vorschriften des BGB. §§ 203, 206 auch bei ihr für entsprechend anwendbar erklärt, d. h. sie ruht, solange der Ehemann innerhalb der letzten 6 Monate durch Stillstand der Rechtspflege oder in anderer Weise durch höhere Gewalt an der Geltendmachung seiner Befugnisse verhindert war, und wenn er als Geisteskranker geschäftsunfähig war, ohne einen gesetzlichen Vertreter zu besitzen, so läuft sie frühestens 6 Monate nach Beseitigung dieses Zustandes ab[2]).

Die Anerkennung des Kindes seitens des Ehemannes (§ 1598) ist für ihn nur dann bindend, wenn sie nach der Geburt des Kindes erfolgt, weil er vorher die für seine Entschließung maßgebenden Thatsachen nicht immer mit der genügenden Sicherheit zu übersehen vermag. Bedingungen und Zeitbestimmungen sind ausgeschlossen; ebenso wenig darf sie von einem Vertreter vorgenommen werden. Ist der Ehemann in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf er nicht

[1]) Es handelt sich hier nicht um das Recht, von einem Anderen ein Thun oder ein Unterlassen zu verlangen, sondern um die richterliche Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Familienverhältnisses. Läge ein Fall der Verjährung vor, so wäre ja auch Abs. 3 des § 1594 überflüssig.

[2]) Dagegen kann § 206 Abs. 1, insoweit er dieselbe Anordnung für den Fall der beschränkten Geschäftsfähigkeit trifft, hier nicht in Betracht kommen, da letztere nach § 1595 ihm die Anfechtung nicht unmöglich macht, somit die Voraussetzung des § 206 Abs. 2 vorliegt.

der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters; solange ihm die Geschäftsfähigkeit ganz fehlt, ist jede Anerkennung unmöglich[1]). Eine bestimmte Form ist nicht vorgeschrieben, sie kann also auch mittelst schlüssiger Handlungen erklärt werden. Als Beispiele solcher werden angeführt die Veranlassung der Taufe des Kindes oder seiner Eintragung in das Geburtsregister als eines ehelichen[2]), Einsetzung des Kindes zum Erben, Behandlung desselben als eigenes Kind[3]). In diesem Falle meint Fuchs (a. a. O. S. 44), daß die Länge des Zeitraumes, während dessen er sich so verhalten habe müsse, durch die gesetzliche Frist für die Zulässigkeit der Anfechtungsklage bestimmt werde. Nach deren Ablauf hat aber die Anerkennung überhaupt keine selbständige Bedeutung mehr. Meines Erachtens ist es dagegen möglich, daß der Ehemann, obwohl er weiß, daß er nicht Erzeuger des Kindes ist, oder wenigstens in dieser Beziehung Zweifel hat, sich absichtlich seiner annimmt, als ob es sein Fleisch und Blut wäre, um auf diese Weise seinem Anerkennungswillen Ausdruck zu geben. Man wende nicht ein, daß er dann eine ausdrückliche Erklärung abgeben und so seine Absicht klarstellen werde. Vielleicht will er dies aus Schonung für den Ruf seiner Frau gerade vermeiden, damit Andere überhaupt nicht auf den Gedanken kommen sollen, die Ehelichkeit des Kindes sei zweifelhaft. Mit Recht heben die Motive[4]) den rechtsgeschäftlichen Charakter der Anerkennung hervor. Daher werden auch die vorhin angeführten Beispiele schlüssiger Handlungen meistens nur dann als solche erscheinen, wenn der Ehemann um die Abstammung des Kindes von einem anderen Manne weiß. Ein Irrthum in dieser Beziehung ist namentlich dann möglich, wenn ihm der Zeitpunkt der Geburt zunächst unbekannt geblieben war, weil er z. B. als Schiffer sich damals fern von dem Aufenthaltsorte seiner Frau

[1]) Die Vorschrift des § 1595 Abs. 2 gilt hier nach § 1598 Abs. 3 nicht.

[2]) Vgl. hierüber v. Sicherer a. a. O. S. 225 ff.

[3]) Fuchs a. a. O. S. 41 ff. Das von ihm weiter angeführte Beispiel der Heirath, während der Bräutigam die Schwangerschaft der Braut kannte, ist jetzt nicht mehr verwendbar, da die Anerkennung erst nach der Geburt des Kindes erfolgen kann. Im Uebrigen fällt allerdings diese Kenntniß bei der Beurtheilung seines späteren Verhaltens erheblich in's Gewicht. — Dagegen ist eine Anerkennung dadurch denkbar, daß der Mann sich absichtlich mit seiner Anfechtungsklage abweisen läßt. Das in diesem Rechtsstreite ergehende Urtheil kann daher nie wegen Collusion angefochten werden.

[4]) Haidlen III S. 397 u. 398.

befand. Insofern ist es also auch nicht zutreffend, wenn die Motive meinen, es sei nicht erforderlich, daß der Ehemann wirklich Zweifel hege, während es allerdings bei einer ausdrücklichen Anerkennung hierauf nicht ankommt, da er vielleicht gerade die Absicht hat, die Ehelichkeit des Kindes auf alle Fälle gegen Anfechtungen sicherzustellen. Wird die Anerkennung in einer letztwilligen Verfügung ausgesprochen, was § 1598 Abs. 3 ausdrücklich zuläßt, so braucht diese nicht gültig zu sein, weil immerhin der Wille des Ehemannes einen genügenden Ausdruck gefunden hat. Nur wenn er selber vor seinem Tode die Verfügung zurücknimmt, muß wohl im Zweifel angenommen werden, daß sich die Aufhebung auf diese Erklärung mitbezieht[1]). Als Rechtsgeschäft hat die Anerkennung rechtsbegründende Wirkung und kann durch den Nachweis, daß sie den wirklichen Thatsachen widerspricht, nicht entkräftet werden. Sie unterliegt jedoch nach allgemeinen Grundsätzen der Anfechtung auf Grund des BGB. §§ 116 ff. Satz 2 des § 116 kann hier aber keine Anwendung finden, weil es sich nicht um eine Erklärung handelt, die einem Anderen gegenüber abzugeben ist; aus demselben Grunde kommen §§ 117 und 123 Abs. 2 nicht in Betracht. Der Willensmangel muß, wenn er in einem Irrthum besteht, nach § 121 unverzüglich, nachdem der Ehemann ihn erkannt hat, bei arglistiger Täuschung und bei Drohung nach § 124 binnen Jahresfrist[2]) nach Entdeckung der Täuschung oder Beendigung der Zwangslage geltend gemacht werden. Eine nicht ernstlich gemeinte Anerkennung, die in der Erwartung abgegeben ist, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden (vergl. § 118), könnte an sich ohne Zeitbeschränkung widerrufen werden. Ihre Zurücknahme wird aber durch den Ablauf der in § 1594 Abs. 1 angeordneten Jahresfrist wirkungslos. Die Mittel der Anfechtung sind hier dieselben wie bei der Anfechtung der Ehelichkeit des Kindes; auch die sonstigen jene Anfechtung betreffenden Bestimmungen (§§ 1595—97, vgl. auch CPrO. § 641) finden entsprechende Anwendung.

[1]) In der Commission für die zweite Lesung wurde angenommen, daß die Anerkennung durch die Zurücknahme der Verfügung stets unwirksam werde (Protokolle S. 471). Ebenso Fraenkel S. 109 Anm. 2. Fischer-Henle Anm. 6 zu § 1598.

[2]) Dabei wird Stillstand der Rechtspflege, Hinderung durch höhere Gewalt und Geschäftsunfähigkeit berücksichtigt, vergl. §§ 1599, 203, 206, 1595.

Liegt keiner dieser beiden Ausschließungsgründe vor, so ist der Ehemann befugt, die Ehelichkeit des Kindes anzufechten, und zwar bei dessen Lebzeiten durch Erhebung einer Klage, nach seinem Tode durch Abgabe einer entsprechenden Erklärung dem Nachlaßgerichte gegenüber.

a) Die Klage ist gegen das Kind zu richten (§ 1596). Diesem muß aber nach §§ 1630 Abs. 2, 1796, 1909 ein Pfleger bestellt werden, wenn nicht etwa die Ausübung der elterlichen Gewalt nach § 1685 auf die Mutter übergegangen ist. (Der Fall des § 1684 Nr. 2 wird hier praktisch kaum in Betracht kommen.) Die Ernennung des Pflegers durch einen Antrag bei dem Vormundschaftsgerichte zu erwirken, ist Sache des Vaters, da er sonst die Klage nicht zu erheben vermag. Er selbst ist zwar noch gesetzlicher Vertreter des Kindes, da es einstweilen noch als eheliches gilt, kann es aber nicht in einem Rechtsstreite vertreten, in dem er selber Gegenpartei ist[1]). Zuständig ist, da das Kind nach BGB. § 9 den Wohnsitz des Vaters theilt, das Landgericht dieses Wohnsitzes[2]). Die Mutter als Zeugin zu benennen, steht beiden Parteien frei, was jedenfalls nach heutigem Rechte nicht zweifelhaft sein kann, wenn sie auch berechtigt ist, ihr Zeugniß zu verweigern, und wenn auch ihre Aussage wegen ihres großen Interesses am Ausgange des Rechtsstreites nur mit Vorsicht benutzt werden darf. Einer Eideszuschiebung an den Gegner können sich die Parteien nach CPr.O. §§ 617, 641 nicht bedienen. Das Urtheil wirkt, wenn es bei Lebzeiten der Parteien rechtskräftig geworden ist, für und gegen Alle[3]), namentlich auch gegen die Ehefrau; daher ist diese befugt, dem Rechtsstreite als Nebenintervenientin beizutreten[4]). Vor seiner Er-

[1]) BGB. § 181.

[2]) GVG. §§ 70, 23.

[3]) CPrO. § 643. Ist durch das Urtheil das Bestehen des Eltern- und Kindesverhältnisses (oder der elterlichen Gewalt) festgestellt, so wirkt es ausnahmsweise nicht gegenüber einem Dritten, welcher das elterliche Verhältniß oder die elterliche Gewalt für sich in Anspruch nimmt, er müßte denn an dem Rechtsstreite Theil genommen haben.

[4]) Die Motive bemerken (Haible n III S. 392), daß das Urtheil auch rückwärts hin wirke, so daß z. B. Verträge, die der Ehemann als Vertreter des Kindes abgeschlossen habe, ungültig werden. Das ist an sich zweifellos richtig. Da es sich aber regelmäßig um Kinder im frühesten Alter handelt, so dürfte diese Folgerung thatsächlich sehr selten fühlbar werden. Auch liegt in der Uebernahme der Vertretung des Kindes nicht unter Umständen, sondern fast stets eine Anerkennung.

ledigung darf die Unehelichkeit nicht anderweit geltend gemacht werden[1]), obwohl in der Erhebung der Klage die Anfechtung durch den Ehemann liegt und somit die Bedingung des § 1593 erfüllt ist. Wird die Klage vom Manne zurückgenommen, so ist die Anfechtung als nicht erfolgt anzusehen, und auch nach seinem Tode darf die Thatsache der Klageerhebung nicht von anderen Interessenten benutzt werden, um unter Berufung auf sie die Unehelichkeit des Kindes zu behaupten. Dagegen geht das Anfechtungsrecht nicht unter. Solange also die Ausschlußfrist noch nicht verstrichen ist, darf die Klage auf's Neue angestellt werden, vorausgesetzt, daß nicht nach den besonderen Umständen des Falles in der Zurücknahme der Klage eine Anerkennung enthalten war. Dies ist namentlich anzunehmen, wenn der Proceß aufgegeben wird, weil er endgültig aussichtslos erscheint. Anders, wenn z. B. die Beweisführung nicht genügend vorbereitet war, aber voraussichtlich vervollständigt werden kann, oder wenn bei einem unzuständigen Gerichte geklagt war.

b) Nach dem Tode des Kindes erfolgt die Anfechtung durch eine in öffentlich beglaubigter Form abzugebende Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte (§ 1597)[2]). Die Behörde soll die Erklärung sowohl Demjenigen mittheilen, welcher im Falle der Ehelichkeit, als auch Demjenigen, welcher im Falle der Unehelichkeit Erbe des Kindes ist. Erbe ist aber der anfechtende Ehemann selbst, sodann die Mutter oder, wenn diese nicht mehr lebt, an ihrer Statt die sonstigen Abkömmlinge des Ehepaares[3]); im Falle der Unehelichkeit sind die Mutter oder, wenn sie schon verstorben ist, ihre übrigen Abkömmlinge und, falls auch solche nicht vorhanden sind, die mütterlichen Verwandten die Erben nach Maßgabe des BGB. §§ 1926, 1928, 1929.

---

[1]) Der Rechtsstreit, in dem die Geltendmachung erfolgt, ist auf Antrag bis zur Entscheidung über die Anfechtungsklage auszusetzen, vgl. CPrO. §§ 153, 155, auch § 154 Abs. 2.

[2]) Einsicht in diese Erklärung darf Jeder verlangen, der ein rechtliches Interesse glaubhaft macht. — Nachlaßgericht ist das Amtsgericht des Wohnsitzes des Kindes zur Zeit seines Todes. Freiw. Gerichtsb. §§ 72, 73.

[3]) BGB. § 1925. Abkömmlinge des Kindes, die in erster Linie zu berücksichtigen wären, können nur unter ganz ausnahmsweisen Verhältnissen vorkommen — die Motive führen den Fall an, daß der Mann noch vor der Geburt des Kindes in Geisteskrankheit verfällt und erst nach langen Jahren wiederhergestellt wird, — ebenso Erben auf Grund letztwilliger Verfügung.

Meistens werden hiernach die Personen, denen Mittheilung zu machen ist, für beide Alternativen dieselben sein, abgesehen vom Vater. Eine Untersuchung über die Begründetheit der Anfechtung vorzunehmen, ist das Nachlaßgericht nicht befugt, da es sich hierbei um die Entscheidung über privatrechtliche Verhältnisse handelt, die zur Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte im Sinne des GVG. gehört. Die Feststellung erfolgt vielmehr bei Gelegenheit eines etwaigen Rechtsstreites über die Ansprüche, die unter Behauptung der Ehelichkeit oder Unehelichkeit des Kindes von den angeblich Berechtigten erhoben werden. Solche geltend zu machen, ist so lange gestattet, als nicht die entsprechende Klage verjährt ist, so daß der Streit über die Abstammung des Kindes unter Umständen recht lange in der Schwebe bleiben kann, wenn auch bei der Abgabe der Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte die erwähnte Jahresfrist des § 1594 beobachtet werden muß.

Stirbt das Kind, nachdem schon eine Anfechtungsklage angestellt ist, so bedarf es selbstverständlich einer weiteren Erklärung nicht mehr. Aber auch der begonnene Rechtsstreit findet zunächst sein Ende, und es tritt derselbe Zustand ein, als wenn der Ehemann nach § 1597 verfahren wäre. Die Anfechtungsklage ist gleich der Nichtigkeitsklage in Ehesachen eine Feststellungsklage und fällt daher als solche nothwendig hinweg, sobald das den Gegenstand des Streites bildende Rechtsverhältniß durch den Tod einer Partei (also auch des Ehemannes) sein Ende erreicht [1]).

Die Anfechtung in ihren beiden zulässigen Gestalten darf nicht durch einen Vertreter [2]) erfolgen (§ 1595). Ist der Mann in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt, d. h. wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt oder nach Beantragung einer Entmündigung unter vorläufige Vormundschaft gestellt (was auch wegen Geisteskrankheit geschehen kann) [3]), so bedarf er nicht der Zustimmung

[1]) CPrO. § 641 in Verbindung mit § 628.

[2]) Offensichtlich hat hierdurch nur die Vertretung im Willen ausgeschlossen werden sollen. Bei einer nach § 1597 abzugebenden Erklärung ist freilich auch eine Vertretung in der Erklärung des Willens ausgeschlossen und nur für ihre Uebergabe an die Behörde zulässig.

[3]) BGB. § 114. Stellt sich bei der Verhandlung über den Antrag heraus, daß der Ehemann schon zur Zeit der Anfechtung geisteskrank war, so ist sie fast immer nach § 104 Nr. 2 nichtig, kann aber von dem inzwischen bestellten Vormunde genehmigt werden.

seines gesetzlichen Vertreters und ist für die anzustellende Anfechtungsklage nach CPrO. § 641 Abs. 2 prozeßfähig. Insofern können also Schwierigkeiten nicht entstehen. Ist er aber geschäftsunfähig, d. h. wegen Geisteskrankheit entmündigt[1]), so hilft das Gesetz dadurch, daß es seinen Vertreter[2]) ermächtigt, mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes die Ehelichkeit anzufechten[3]). Da aber diesem die die Anfechtbarkeit begründenden Thatsachen nicht immer bekannt sind, oder er auch vielleicht aus anderen Gründen die Wahrnehmung der Rechte des Mannes unterläßt, so bestimmt § 1595 Abs. 2 weiter, daß der Mann selbst nach dem Wegfalle der Geschäftsunfähigkeit die Ehelichkeit in gleicher Weise anfechten könne, als wenn er ohne gesetzlichen Vertreter gewesen wäre. Die Jahresfrist des § 1594 ist auch hier innezuhalten und läuft nicht erst von der Aufhebung der Entmündigung an. Denn der Mann kann schon vor seiner Erkrankung die Geburt des Kindes erfahren oder trotz derselben mit vollem Verständnisse von ihr Kunde erhalten haben[4]). Wohl aber findet nach § 1594 Abs. 3 die Vorschrift des § 206 entsprechende Anwendung, so daß die Frist jedenfalls nicht vor Ablauf von sechs Monaten nach dem Zeitpunkte endigt, wo er wieder geschäftsfähig geworden ist. Geht die Anfechtung von dem Vertreter des Mannes aus, so soll sie gleichfalls „rechtzeitig" (§ 1595 Abs. 2) vorgenommen werden. Für die somit zu beachtende Jahresfrist kann aber nicht lediglich die Kenntniß des Mannes von der Geburt des Kindes maßgebend sein, da dieser von ihr sehr häufig erst nach Wiederaufhebung der Entmündigung oder überhaupt nichts erfährt und da andererseits, wenn er sie vor seiner Erkrankung kannte, die

---

[1]) BGB. § 104 Nr. 3.

[2]) Daß ein Abwesenheitspfleger nicht Vertreter in diesem Sinne ist, kann mit Rücksicht auf BGB. § 1911 nicht zweifelhaft sein, da diese Angelegenheit (wie gerade aus § 1595 erhellt) in erster Linie als eine persönliche aufzufassen ist, mögen sich auch vermögensrechtliche Folgen an sie anschließen.

[3]) Das Urtheil macht auch hier Rechtskraft gegen den Mann, und durch ungeschickte Prozeßführung seitens seines Vertreters oder durch dessen ungenügende Kenntniß der Thatsachen kann er sein Anfechtungsrecht verlieren.

[4]) Anders der in der Commission 2. Lesung angenommene § f. zu § 1474 (Protokolle S. 473). Der von diesem abweichende Wortlaut des Gesetzes scheint nur auf einer Aenderung durch die Redactions-Commission zu beruhen, bei der übersehen wurde, daß sie zugleich eine materielle Aenderung enthielt; vgl. auch Fraenkel S. 108 Anm. 8.

Frist ablaufen könnte, bevor sein Vormund in die Lage gekommen ist, die Unehelichkeit des Kindes geltend zu machen. Man muß daher annehmen, daß dem Vormunde eine selbstständige Frist läuft, die mit dem Zeitpunkte beginnt, wo er, und zwar in seiner Eigenschaft als Vormund, von der Geburt des Kindes Kunde erhält. Sie nimmt demnach frühestens mit seiner Bestellung ihren Anfang.

2. Die sämmtlichen soeben besprochenen Eigenthümlichkeiten der Anfechtungsklage finden keine Anwendung, wenn die Unehelichkeit des Kindes von Anderen als von dem Ehemanne geltend gemacht wird. Dies ist aber, um es noch einmal zu betonen, erst nach dem Tode des Mannes zulässig und auch dann nur, wenn er entweder die Ehelichkeit angefochten hatte oder vor Ablauf der Jahresfrist gestorben ist, ohne das Kind anerkannt zu haben [1]). Auf die uneheliche Abstammung können nun von den Berechtigten die entsprechenden Ansprüche gestützt werden, ohne daß diese Voraussetzung ihres Rechtes in einem besonderen Rechtsstreite festgestellt zu werden braucht, und so lange, bis ihr Anspruch nach den allgemeinen Grundsätzen verjährt ist. Ueber den Kreis der hierzu befugten Personen giebt das BGB. keine Auskunft, enthält aber auch keine einschränkenden Bestimmungen. Demnach muß angenommen werden, daß diese Frage von Jedem zur Entscheidung gebracht werden darf, der aus der Thatsache der Ehelichkeit oder Unehelichkeit des Kindes Rechte ableitet. Zu demselben Ergebnisse führt die Erwägung, daß ein derartiger Rechtsstreit begrifflich eine Feststellungsklage betrifft, die nach CPrO. § 256 weiter nichts voraussetzt als ein rechtliches Interesse an der (alsbaldigen) Feststellung des streitigen Rechtsverhältnisses. Dieselbe Ansicht war auch in der gemeinrechtlichen Theorie vertreten [2]) und liegt den Motiven des BGB. [3]) zu Grunde. Zunächst kommt das Kind selbst in Betracht, das bei unzureichendem Bestande des Nachlasses des verstorbenen Ehemannes der Mutter ein Interesse daran hat, von seinem wohl-

[1]) Tritt Jemand mit der Behauptung auf, daß das Kind überhaupt gar nicht von der Ehefrau geboren, sondern untergeschoben sei, so kommen die Vermuthungen der §§ 1591, 1592 nicht in Frage, und folglich ist auch sein Klagerecht nicht durch § 1593 beschränkt, vgl. Haiblen III S. 392.

[2]) Dernburg III § 28, Regelsberger, Pandekten I § 71, Fuchs a. a. O. S. 77 ff. mit einigen Beschränkungen. Anders Stobbe IV § 251.

[3]) Haiblen S. 381 und 390.

habenden wirklichen Erzeuger Unterhalt nach BGB. §§ 1708 ff. zu erlangen. De lege ferenda ließe sich gegen die Zulässigkeit einer solchen Klage Mancherlei einwenden; namentlich muß es Bedenken erregen, wenn das Kind in dieser Weise gegen den Willen seiner Mutter vorgehen und ihre Ehre preisgeben darf[1]); doch fällt dies für die Praxis nicht erheblich in's Gewicht, da die verschiedenen Voraussetzungen, die bei einem solchen Anspruche zusammentreffen müssen, selten vorliegen. Die im bisherigen Rechte meistens zugelassene actio de filiatione negativa des Kindes gegen seinen angeblichen Vater kann dagegen nach BGB. nicht mehr vorkommen. In der älteren gemeinrechtlichen Praxis ist mitunter auch der Mutter eine Klage gegen ihren ehebrecherischen Schwängerer auf Alimentation des Kindes gewährt worden[2]); nach dem BGB. hat sie einen solchen Anspruch aus eigenem Rechte nie, sondern kann höchstens als Vormünderin des Kindes dessen Forderung geltend machen. Für sie selbst kommt dagegen der Ersatz der Entbindungskosten nach § 1715 in Frage. Diesen zu erheben, wird sie unter den erforderlichen Bedingungen nur selten Gelegenheit haben. Hauptsächlich ist also an Diejenigen zu denken, die im Falle der Unehelichkeit als Erben des Mannes berufen sind, sowie seine Verwandten aufsteigender Linie, wenn sie auf Erfüllung der gesetzlichen Unterhaltspflicht in Anspruch genommen worden, ferner aber auch die zur Erbschaft eines Verwandten des Mannes Berufenen, soweit sie durch die Concurrenz des angeblich Unehelichen beeinträchtigt werden, und die sämmtlichen Familienangehörigen, die das Kind nach BGB. § 12 an der Führung des gleichen Namens hindern wollen. Diesen die Befugniß zur Bestreitung des Familienstandes zu gewähren, erscheint auch als angemessen, wenn man überhaupt einem Anderen als dem Vater dieses Recht zugesteht. Fraglicher ist, ob auch andere Vermögensrechte genügen, z. B. der Anspruch auf ein Familienstipendium; doch wird sich auch diese Folgerung nicht abweisen lassen, sofern es sich um ein festes Anrecht und nicht bloß um eine von dem Ermessen des Verwalters der Stiftung abhängige Aussicht handelt, so daß, wenn er

[1]) Noch bedenklicher ist, daß die Mutter, wenn sie nur schamlos genug dazu ist, die Ehelichkeit ihres Kindes anfechten darf, um von der Erbschaft ihres verstorbenen Mannes nicht nur ein Drittel, sondern die Hälfte zu erhalten, vgl. BGB. § 1931.

[2]) Seuffert II Nr. 186, XX Nr. 198, XXXIII Nr. 280, dagegen II Nr. 296.

das Stipendium einem Fremden zuwendet, gegen ihn geklagt werden kann. Weiter kommt der uneheliche Vater in Betracht, insofern er bei späterer Verheirathung mit der Mutter die elterliche Gewalt erworben zu haben meint. Zweifelhaft ist dagegen die Befugniß zur Erhebung der Feststellungsklage in Bezug auf die Gläubiger Desjenigen, dem unter Voraussetzung unehelicher Abstammung des Kindes eine Erbschaft oder ein größeres Erbtheil zufallen würde, und andererseits (als Legitimitätsklage) in Bezug auf die Gläubiger des Kindes, falls dieses zunächst thatsächlich als unehelich behandelt und von dem Nachlasse des Vaters ausgeschlossen worden ist[1]). Denn in beiden Fällen hängt nicht das Bestehen, sondern die thatsächliche Durchführung ihrer Ansprüche gegen ihren Schuldner von der richterlichen Feststellung ab. Da aber nach BGB. die Erbschaft auf den Erben übergeht, ohne daß es einer Antretung bedarf, so ist der Gläubiger auch berechtigt, Vermögensstücke, die rechtlich seinem Schuldner gehören, heranzuziehen. Auch er also hat ein Interesse an der Feststellung des Personenstandes des Kindes, insofern durch sie zugleich über sein Recht zum Zugriff auf den Nachlaß entschieden wird. Als zweckmäßig kann allerdings eine derartige weite Ausdehnung der Befugniß zur Geltendmachung der Unehelichkeit des Kindes nicht angesehen werden, und es ist als ein Glück zu bezeichnen, daß thatsächlich nur äußerst selten von ihr Gebrauch gemacht werden kann.

Wie wir gesehen haben, ist die Anerkennung der Ehelichkeit durch den Mann bei dem Vorliegen von Irrthum, arglistiger Täuschung oder Drohung anfechtbar. Geht bei seinem Tode die Befugniß hierzu auf seine Erben, vielleicht auch auf sonstige Interessenten über? Man könnte hier den Gesichtspunkt heranziehen, daß auf diesem Wege im Grunde nur die Anfechtung der Ehelichkeit nachträglich ausgeübt werde, und demgemäß annehmen, daß die Klage zur Beseitigung der Anerkennung nach dem Tode des Mannes in demselben Umfange zulässig sei wie die Geltendmachung der Unehelichkeit ohne vorausgegangene Anerkennung. Dafür würde auch sprechen, daß die Uebertragung der für das Anfechtungsrecht des Mannes geltenden Grundsätze auf die Anfechtung nach § 1599 offenbar gerade auf dem gleichen

[1]) Für die Zulässigkeit der Legitimitätsklage in diesem Falle Dernburg, Preuß. Privatrecht III § 44.

Gedanken beruht. Dennoch ist diese Anschauung abzulehnen. Die Anerkennung ist, wie schon hervorgehoben wurde, ein Rechtsgeschäft und ist auch, wenn es durch eines jener Mittel hervorgerufen ist, nicht nichtig, sondern kann nur von Demjenigen, der das Rechtsgeschäft abgeschlossen hatte, beseitigt werden. Dies an seiner Stelle zu thun, ist Dritten in unserem Falle so wenig wie sonst gestattet. Anders freilich liegt die Sache bei den Erben des Mannes. Auf sie geht auch eine Anfechtungsbefugniß über, da nach BGB. der Mann ja nicht die alleinige Entscheidung über die Frage hat, ob das Kind als eheliches oder als uneheliches gelten soll, also man auch seinem Rechte nicht einen höchst persönlichen Charakter beilegen darf. Das Gegentheil würde auch unserem Billigkeitsgefühle widersprechen, namentlich wenn der Mann den Anfechtungsgrund erfahren hatte und auch geltend machen wollte, aber bis zu seinem Tode durch irgendwelche Umstände an der Ausführung seines Vorhabens gehindert wurde, ohne des Anfechtungsrechtes verlustig zu gehen.

2. Legitimation.

§ 3.

a) Durch nachfolgende Ehe.

Weder das deutsche noch das römische Recht gewährten in der älteren Zeit eine Möglichkeit, unehelich Geborenen die Rechtsstellung ehelicher Kinder zu verschaffen (wenn wir von der Adoption absehen, mit der man zwar thatsächlich diesen Erfolg erreichen konnte, die aber an sich ganz anderen Zwecken diente)[1]. In der späteren römischen Kaiserzeit führte jedoch der Wunsch, die Umwandlung von Concubinaten in rechtmäßige Ehen zu befördern und diejenigen Kinder, die in diesem Verhältnisse geboren waren, ihren nach der gesetzlichen Eheschließung geborenen Geschwistern gleichzustellen, zur Schaffung der legitimatio per subsequens matrimonium; Justinian ließ dann auch noch eine legitimatio per rescriptum zu für die Fälle, wo der Vater die Concubine nicht heirathen konnte oder aus beachtenswerthen Gründen nicht heirathen wollte. Immer jedoch blieben diese Rechtsbehelfe auf Kinder beschränkt, die aus einem Concubinat,

[1]) Ueber die geschichtliche Entwicklung vgl. Stobbe IV § 257 und Wolf, Die legitimatio per subsequens matrimonium S. 1—17.

d. h. einem dauernden eheähnlichen Lebensverhältnisse, hervorgegangen waren, wie auch das allzu häufige Vorkommen dieser Geschlechtsverbindung den Anlaß zu der ganzen Neubildung gegeben hatte. Obwohl nun im Mittelalter derartige Gemeinschaften zwischen Mann und Frau nicht mehr dieselbe Bedeutung hatten wie bei den Römern und jedenfalls nicht, wie bei diesen, halb und halb vom Rechte anerkannt wurden, übernahm doch die päpstliche Gesetzgebung die Legitimation als einmal bestehende Einrichtung und dehnte sie sogar auf alle unehelichen Kinder aus[1]). Auf diesem Wege kam sie auch in Deutschland zur Geltung und wurde in den neueren Gesetzgebungen sowie im BGB. aufrechterhalten, um das verletzte Princip der Ehe zur Anerkennung zu bringen, die Eheschließungen zu vermehren und die Lage der unehelichen Kinder wenigstens da, wo sich eine Gelegenheit dazu bietet, bessern zu helfen[2]).

I. Ein uneheliches Kind erlangt nach BGB. § 1719 dadurch, daß sich der Vater mit der Mutter verheirathet, mit der Eheschließung

[1]) Die älteren kirchlichen Rechtsquellen erwähnen die legitimatio p. s. m. noch nicht, auch wo sie Anlaß dazu hätten, z. B. conc. Aurelianense a. 538 c. 9 (aufgenommen in die Sammlungen des Regino I c. 427 und des Burchard v. Worms II 19) und conc. Meldense a. 845 c. 64 (Regino I c. 428); ebenso wenig finden sich einschlägige Bestimmungen im Decretum Gratiani. Die Kirche schloß sich eben an die in den germanischen Ländern herrschende Auffassung an. In Decretalen Alexander's III. wird dagegen die Legitimation als geltende Einrichtung behandelt, vgl. c. 1 und 6 X 4, 17, wahrscheinlich in Folge des Einflusses der inzwischen aufgeblühten Rechtswissenschaft und der durch sie vermittelten Bekanntschaft mit den römischen Gesetzen. Daß man sie nunmehr auf alle Unehelichen ausdehnte, beruhte theils auf dem Verschwinden des alten Concubinats, theils darauf, daß man sie als eine Wirkung des Wesens der Ehe auffaßte, vgl. c. 6 cit. „Tanta est vis matrimonii, ut qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur."

[2]) Die Zugehörigkeit zu einer Familie des hohen Adels mit der aus ihr folgenden Rechten kann nicht mittelst Legitimation d. n. E. erworben werden (Stobbe I § 44 und IV § 257); nach Art. 57, 58 des EG. z. BGB. bleibt dieser Rechtszustand unverändert. Hier hat sich die ursprüngliche deutsche Anschauung behauptet, und ohne den Einfluß des kanonischen Rechtes würde sie dies vielleicht noch in weiterem Umfange gethan haben. Unberührt bleiben nach Art. 59 auch die landesgesetzlichen Vorschriften über Lehen. Wo den Mantelkindern, wie in Mecklenburg (VO. v. 2. 2. 1887), das Successionsrecht entzogen ist, übt die Legitimation d. n. E. also auch nicht die ihr nach dem BGB. zukommenden Wirkungen aus.

die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes. Erste und unumgängliche Voraussetzung der Legitimation ist demnach, daß die nunmehrigen Ehegatten seine natürlichen Eltern sind. Der Beweis dieser Thatsache kann nicht nur durch eine Anerkennung seitens des Ehemannes erbracht werden — eine solche thut seine Vaterschaft nicht einmal mit unumstößlicher Gewißheit dar —, sondern durch alle geeigneten Mittel, wird aber nur in geringem Maße durch eine gesetzliche Vermuthung unterstützt. Nach BGB. § 1720 gilt der Ehemann, wenn er nachweislich innerhalb der gesetzlichen Empfängnißzeit der Mutter beigewohnt hat, wie sonst bei ehelicher oder außerehelicher Zeugung, als Vater des Kindes, es müßte denn den Umständen nach offenbar unmöglich sein, daß die Mutter das Kind aus dieser Beiwohnung empfangen hat, z. B. weil sie damals bereits schwanger war. Die Empfängnißzeit hat auch hier die gewöhnliche Dauer von 181 bis 302 Tagen; liegt die Beiwohnung länger als 302 Tage vor der Geburt zurück, so spricht allerdings keine Vermuthung mehr für die Vaterschaft des Ehemannes, jedoch darf daraus, daß im § 1720 nur § 1717 Abs. 2 und nicht § 1592 angezogen ist, nicht geschlossen werden, daß ein Kind nie durch nachfolgende Eheschließung legitimirt werden könne, wenn die nunmehrigen Ehegatten in den letzten 302 Tagen vor seiner Geburt nicht geschlechtlich mit einander verkehrt haben. Wenn § 1592 Abs. 2 die Feststellung zuläßt, daß ein Kind zu einer Zeit empfangen worden ist, die der Geburt um mehr als 302 Tage vorausgeht, so ist die gleiche Beweisführung auch in Bezug auf uneheliche Kinder jedenfalls möglich. Sind aber Diejenigen, welche den fraglichen Beischlaf mit einander vollzogen haben, hiernach Vater und Mutter des Kindes, so tritt mit ihrer Verheirathung auch nothwendig seine Legitimation ein. Wenn auf diesen Beweis keine Ansprüche eines unehelichen Kindes gegen seinen Erzeuger gemäß §§ 1708 ff. gegründet werden dürfen, so beruht das auf Erwägungen, die bei der Legitimation nicht zutreffen, und § 1720 sagt nicht, daß der Ehemann der Mutter nur dann als Vater anzusehen sei, wenn er ihr innerhalb der Frist des § 1717 beigewohnt habe.

Wie eine Vergleichung des BGB. § 1720 Abs. 1 mit der ganz ähnlichen Vorschrift des § 1717 Abs. 1 lehrt, ist keine Ausnahme von der gesetzlichen Vermuthung für den Fall gemacht, daß die Mutter während der Empfängnißzeit mit mehreren Männern

verkehrt hat. Daraus ergiebt sich, daß die sog. exceptio plurium hier wirkungslos ist[1]). Heirathet also einer dieser Männer später die Mutter, so gilt er als Vater des Kindes, mag auch nach thatsächlichen Erwägungen, z. B. mit Rücksicht auf die Zeitfolge der verschiedenen Beiwohnungen und die Reife des Kindes bei seiner Geburt, seine Abstammung von einem Anderen wahrscheinlicher sein. Nur der schon erwähnte, auch bei einem ehelichen Kinde zulässige Gegenbeweis würde eine andere Entscheidung herbeizuführen geeignet sein. Diese Gleichstellung des nunmehrigen Ehemannes der Mutter mit Demjenigen, der zur Zeit ihrer Entbindung schon mit ihr verheirathet ist, rechtfertigt sich durch das Bestreben möglichster Förderung der Interessen des Kindes, das unserem Rechtsinstitut von der justinianeischen Gesetzgebung an zu Grunde liegt, und auch daraus, daß als der gewöhnlichste Beweggrund für die Eheschließung unter den hier in Rede stehenden Verhältnissen der Wunsch des Mannes, der Frucht seines Umganges mit der Mutter die Stellung eines ehelich Erzeugten zu verschaffen, angenommen werden darf. Hegt er selber über seine Vaterschaft Zweifel, so mag er sich überlegen, ob er mit einer Frau die Ehe eingehen will, die einen so unsittlichen Lebenswandel geführt hat. Wird ihm freilich ihr früherer Verkehr mit anderen Männern erst nach der Hochzeit bekannt, so kann er zwar wohl diese selbst nach § 1333 anfechten, aber das Kind würde in Gemäßheit der §§ 1721, 1699, 1343, 1704 doch auch ferner als das seine gelten. Diese Folge aber muß er hinnehmen, da ja keineswegs feststeht, daß er *nicht* der Vater des Kindes ist. Eine Legitimation d. n. E. kann jedoch nicht mehr in Frage kommen, wenn das Kind nach den gesetzlichen Vorschriften schon als das eines anderen Mannes gilt, weil es dann eben im Rechtssinne kein uneheliches mehr ist. Haben also A und B beide der Mutter während der Empfängnißzeit beigewohnt und dann zuerst A und nach dessen Tode B sie geheirathet, so ist der Erstere und nicht der Letztere als Vater zu behandeln, wenn selbst alle Betheiligten mit Bestimmtheit wüßten, daß das Kind von B und nicht von A erzeugt ist, vorausgesetzt nur, daß der Gegenbeweis thatsächlich nicht unternommen ist. Insoweit bleibt dann die Bestimmung des § 1719 in Bezug auf B unanwendbar[2]).

[1]) Dies entspricht auch der Absicht des Gesetzgebers, vgl. Haidlen III S. 587.

[2]) Theilweise anders Fischer-Henle Anm. 1 zu § 1720.

Die bei der ehelichen Abstammung vorkommende weitere Vermuthung, daß der Ehemann innerhalb der maßgebenden Zeit seiner Frau beigewohnt habe, kann nach der Natur des Verhältnisses hier nicht Platz greifen. Denjenigen, welcher sich mit einer Frau verheirathet, die schon außerehelich geboren hat, ohne Weiteres als den muthmaßlichen Erzeuger des Kindes in Anspruch zu nehmen, wäre offenbar völlig ungerechtfertigt, da es gar nicht so ganz selten ist, daß Männer bewußter Weise fremde Sprößlinge ihrer Frau mit in die Ehe nehmen. Nur dann stellt das Gesetz (§ 1720 Abs. 2) eine Vermuthung in der angegebenen Richtung auf, wenn der Ehemann nach der Geburt des Kindes in einer öffentlichen Urkunde seine Vaterschaft anerkennt[1]). Denn man darf annehmen, daß er sich hierzu nicht anders versteht, als wenn er in der Empfängnißzeit, die er ja jetzt leicht berechnen kann, mit der Mutter Umgang gepflogen hat; sie ist also als eine mittelbare Bekundung der Thatsache der Beiwohnung aufzufassen. Ein Zeugniß gleichen Inhaltes kann in jeder beliebigen anderen Weise abgelegt werden, selbst stillschweigend, z. B. dadurch, daß er das Kind nach der Eheschließung wie sein eigenes gehalten und erzogen hat. Aber ob seinem Verhalten diese Bedeutung beizulegen ist, ist Sache der Auslegung, solange keine Anerkennung vorliegt oder sie nicht in der gesetzlichen Form abgegeben ist. Und unter allen Umständen ist das einfache Zeugniß ein gewöhnliches Beweismittel, dessen Werth im einzelnen Falle der Richter nach freier Beweiswürdigung zu prüfen hat. Das den gesetzlichen Formvorschriften entsprechende Anerkenntniß ist dagegen für ihn kraft Gesetzes maßgebend, solange nicht der Beweis erbracht ist, daß der Ehemann der Mutter innerhalb der Empfängnißzeit nicht beigewohnt hat (oder daß er trotzdem unmöglich Erzeuger des Kindes sein kann)[2]). Daraus, daß an die Anerkennung nur

[1]) Aus der Bezeichnung „Ehemann" und dem Gebrauch der Gegenwart „Erkennt an" darf nicht gefolgert werden, daß die Anerkennung die im Gesetz angegebene Wirkung nur dann habe, wenn sie ausgestellt ist, nachdem der angebliche Erzeuger des Kindes die Mutter geheirathet hat. Denn dann wären die Worte „nach der Geburt des Kindes" überflüssig. Daher kann die Anerkennung sogar noch nach Auflösung der Ehe mit der Mutter, insbesondere nach deren Tode, wirksam erfolgen.

[2]) Fraenkel S. 182 beschränkt den Gegenbeweis auf die offenbare Unmöglichkeit der Vaterschaft und scheint darunter nur den Beweis zu verstehen, daß den Umständen nach die Mutter das Kind unmöglich aus der Bei-

eine Vermuthung geknüpft ist, ergiebt sich, daß sie keine rechtsbegründende Kraft hat, wie eine Anerkennung nach § 1598. Sie kann daher sowohl durch den Nachweis, daß sie infolge Zwanges, Irrthums oder Betruges abgegeben ist, als auch durch den Gegenbeweis entkräftet werden, daß sie dem wahren Sachverhalte nicht entspreche.

Von dem Satze, daß das unehelich erzeugte Kind durch Verheirathung seiner Eltern legitimirt wird, ist keine Ausnahme zu Ungunsten der im Ehebruche oder in Blutschande Erzeugten gemacht worden [1]). Gilt aber das aus einem ehebrecherischen Verkehre stammende Kind nach §§ 1591 ff. als Abkömmling des Ehemannes seiner Mutter, z. B. weil letzterer keine Anfechtungsklage erhoben hat, so kann es durch eine Verheirathung der beiden Schuldigen nicht als deren Kind legitimirt werden, mag auch die frühere Ehe wegen des Ehebruches geschieden sein, und mögen auch sie Beide die begründete Ueberzeugung haben, daß sie in Wirklichkeit seine Erzeuger sind. Ist aber das Kind in Blutschande empfangen, so können sein Vater und seine Mutter nach BGB. §§ 1310, 1327 keine gültige Ehe mit einander eingehen, es ist also auch eine Legitimation auf diesem Wege unmöglich. Jedoch wäre es denkbar, daß die Betheiligten in gutem Glauben gewesen sind, z. B. als uneheliche Kinder desselben Vaters von verschiedenen Müttern; dann würden die in dieser nichtigen Ehe geborenen Kinder nach § 1699 als eheliche gelten und mit der Eheschließung die vorher von ihnen erzeugten Kinder nach § 1721 die gleiche Stellung erlangen. In diesem Paragraphen bestimmt nämlich das BGB., daß, wenn die Ehe der beiden Eltern nichtig ist, die Vorschriften der §§ 1699—1704 entsprechende Anwendung finden, d. h. die nichtige Ehe in Bezug auf ihre legitimirende Wirkung einer vollgültigen gleichzustellen ist, vorausgesetzt, daß mindestens einer der Ehegatten in gutem Glauben gewesen ist.

Justinian wollte den unehelichen Kindern durch Einführung der legitimatio p. s. m. einen Vortheil zuwenden. Da sie aber nothwendig für den Legimirten auch gewisse nachtheilige Folgen mit sich

wohnung empfangen haben kann. Dabei sind aber die verschiedenen gesetzlichen Vermuthungen nicht genügend auseinandergehalten.

[1]) Anders nach bisherigem Rechte, vgl. Wolf a. a. O. S. 49 ff., Dernburg III § 29 Anm. 8, Stobbe IV § 257, Reichsgericht 30 S. 144.

brachte (capitis deminutio durch Eintritt in die väterliche Gewalt, Alimentationspflicht gegen den Vater), so muß angenommen werden, daß Zustimmung des Kindes erforderlich war. Das kanonische Recht legt (vergl. c. 6 cit.) das Hauptgewicht auf das Wesen der Ehe. Dieser Gesichtspunkt dürfte auch für die neueren Gesetzgebungen meistens maßgebend gewesen sein, da sie jenes Erforderniß haben fallen lassen. Auch nach BGB. bedarf es der Zustimmung des Kindes nicht; vielmehr tritt die Legitimation mit der Eheschließung von Rechts wegen ein. Ist es minderjährig, so kommt es also auch gegen seinen Willen in die elterliche Gewalt. Ebenso ist es gleichgültig, ob die Eltern diesen Erfolg ihrer Verheirathung wollen, oder ob er ihnen unangenehm ist, etwa weil sie ihren früheren Fehltritt den in der Ehe geborenen Kindern zu verbergen wünschen, während er nunmehr jedenfalls bei ihrem Tode durch die Ordnung des Nachlasses bekannt werden muß.

Kommt es zu einem Rechtsstreite über die Frage, ob Jemand durch nachfolgende Ehe legitimirt sei, so trifft nach allgemeinen Grundsätzen stets den die Legitimation Behauptenden die Beweislast [1]). Er genügt ihr aber nach den bisherigen Ausführungen, wenn er darthut, daß der Ehemann der Mutter mit dieser innerhalb der Empfängnißzeit geschlechtlich verkehrt hat, und es ist alsdann Sache des Gegners, zu beweisen, daß die Abstammung des Kindes aus dieser Beiwohnung unmöglich ist. Inwieweit die Parteien sich nach der einen oder der anderen Richtung der Eideszuschiebung bedienen können, hängt davon ab, wer als Kläger auftritt, und gegen wen die Klage sich richtet. Zunächst ist möglich, daß das Kind

[1]) Seuffert XII Nr. 244 nimmt allerdings, wie auch ältere Schriftsteller, eine possessio status an, gestützt auf fr. 7 § 5 und fr. 41 pr. D. 40, 12 und fr. 8 und 14 D. 22, 3, und legt hiernach, wenn Jemand die Mutter eines unehelichen Kindes geheirathet und das Kind stets als das seine offenkundig ausgegeben hat, dem die Legitimation Bestreitenden die Beweislast auf. Das war schon vom Standpunkte des gemeinen Rechtes aus bedenklich, weil die angezogenen Stellen theils von einem Streite über die Freiheit, theils von einem solchen über die väterliche Gewalt sprechen, und weil die dem Vater geschuldete Pietät, auf die sie sich im letzteren Falle berufen, hier nicht entscheidend sein kann, wo gerade die Vaterschaft bestritten ist. Heutzutage kann nur in Frage kommen, ob durch jenes Verhalten des Vaters nach Ansicht des Richters eine Beiwohnung mit der Mutter so wahrscheinlich gemacht ist, daß dagegen ein Gegenbeweis geführt werden muß.

gegen den Ehemann der Mutter auf Anerkennung oder letzterer auf Feststellung des Nichtbestehens des Kindesverhältnisses klagt. In beiden Fällen ist das Kind beweispflichtig, da bei der negativen Feststellungsklage die Beweislast nicht anders vertheilt ist als bei der positiven, und es darf nach CPrO. §§ 640, 617 Abs. 2 von keiner Partei dem Gegner ein Eid darüber zugeschoben werden, ob der behauptete Beischlaf stattgefunden hat oder nicht. Selbst wenn der Ehemann einen mittelbaren Beweis aus Aeußerungen der Mutter, die sie dem Kinde gegenüber gemacht hat, versuchen wollte, würde sich dies nicht anders verhalten, weil jene Aeußerung immer noch als eine das Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses begründende Thatsache anzusehen wäre. Das Kind könnte auch gegen den Ehemann seiner Mutter unter Bestreitung des Vorhandenseins der Voraussetzungen einer Legitimation d. n. E. eine negative Filiationsklage erheben; dann ist zwar grundsätzlich der Beklagte beweispflichtig, vermag aber durch Ausstellung einer formgerechten Anerkennungsurkunde diese Last thatsächlich von sich abzuwälzen. Das Kind ist weiter auch in der Lage, gegen Denjenigen, den es für seinen Erzeuger hält, Ansprüche nach §§ 1708 ff. zu erheben, ohne erst einen Rechtsstreit gegen den Ehemann der Mutter durchführen zu müssen (§ 1596 Abs. 3 gilt hier nicht); aber wieder könnte seine Beweisführung durch eine Anerkennung seitens des Ehemannes außerordentlich erschwert werden. Endlich können auch andere Personen auf das angebliche Kindesverhältniß Ansprüche gegen den Ehemann oder das Kind stützen, z. B. wer dem Kinde Unterhalt gewährt hat (vgl. BGB. §§ 680, 685, 1607), oder wer von dem Kinde als Erben seines angeblichen Vaters Bezahlung einer Schuld fordert. In einem solchen Rechtsstreite, sowie bei der Klage aus § 1708 finden die angeführten beschränkenden Bestimmungen der CPrO. in Bezug auf die Zulässigkeit einer Eideszuschiebung keine Anwendung, da § 640 die Zweifelhaftigkeit eines *Eltern- und Kindesverhältnisses unter den Parteien* voraussetzt (vergl. auch CPrO. § 644). Aber nur der Ehemann hat von den entscheidenden Thatsachen aus eigener Wahrnehmung Kunde; selbst der angebliche Erzeuger kann nur über seine Beiwohnung Auskunft geben, nicht aber über die Nichtbeiwohnung eines Anderen; nur Jener ist deßhalb nach CPrO. § 445 eidespflichtig, nie der Gegner und auch nie das Kind. Letzteres kann selbstverständlich nicht als Rechtsnachfolger

seines angeblichen Vaters behandelt werden, weil es dies nur unter Voraussetzung seiner Ehelichkeit ist, über diese ja aber gerade gestritten wird. Ansprüche Dritter gegen das Kind unter Bestreitung seiner Legitimation werden hauptsächlich als Erbansprüche an den Nachlaß des Vaters vorkommen. Nach der richtigen Ansicht hat hierbei der Kläger nur zu beweisen, daß er zu dem Kreise der gesetzlich erbberechtigten Personen gehört, und das Kind muß seine Abstammung von dem Erblasser als den Grund seines besseren Erbrechtes darthun [1]), wobei nur unter ganz besonderen Umständen die Voraussetzungen von CPrO. § 445 vorliegen können.

Die Gleichstellung der legitimirten mit den ehelich geborenen Kindern und die Aehnlichkeit des Inhaltes des § 1720 mit den Vorschriften der §§ 1591, 1592 darf nicht zu der Auffassung verleiten, daß auch für die Anfechtung der Legitimation die für die Anfechtung der ehelichen Abstammung geltenden Grundsätze entsprechend anzuwenden sind. Die Unrichtigkeit einer solchen Annahme erhellt einmal daraus, daß eine ausdrückliche Bestimmung nach dieser Richtung hin im Gesetze nicht enthalten ist, während sie sonst nicht leicht fehlt, und noch deutlicher aus § 1720 Abs. 2, der mit dem Inhalte des § 1598 geradezu in Widerspruch steht (vgl. auch Haidlen III S. 586—87). Ebenso wenig sind die Vorschriften der §§ 1594 ff. hier anwendbar, wie namentlich in Bezug auf § 1594 aus seinem Inhalte, der bei unehelich geborenen und erst später legitimirten Kindern unmöglich maßgebend sein kann, ohne Weiteres erhellt. Vor Allem aber handelt es sich gar nicht um eine eigentliche Anfechtung, um eine Verdrängung des Kindes aus seiner dem ersten Anschein nach begründeten Rechtsstellung. Vielmehr ist zunächst seine uneheliche Geburt entscheidend, und es muß erst dargelegt werden, daß die durch sie begründeten Rechtsverhältnisse durch eine Legitimation verändert sind, ganz abgesehen davon, daß diese kein Rechtsgeschäft ist [1]). Daher ist auch der Kreis Derjenigen, die das Vorliegen einer Legitimation d. n. E. zu bestreiten befugt sind, nicht wie bei der

[1]) Vgl. Reichsgericht 8 S. 172.

[2]) Vom gesetzgeberischen Standpunkte aus ließe sich vielleicht eine Uebertragung der Vorschrift des § 1595 auf unseren Fall vertheidigen. Jetzt ist bei einem Rechtsstreite darüber, ob ein voreheliches Kind der Ehefrau durch ihre Verheirathung legitimirt sei, der Vormund des entmündigten Ehemannes richtiger Kläger und Beklagter. CPrO. § 641 Abs. 2 bezieht sich auf diesen Fall nicht.

Anfechtung nach § 1593 beschränkt. Etwas anders liegt die Sache hinsichtlich der vom Manne abgegebenen Anerkennungserklärung, doch bleiben hier immerhin die oben angeführten Gründe entscheidend.

II. Die Wirkung der Legitimation besteht darin, daß das Kind vollständig die Stellung eines ehelichen erhält, mit allen sich daran knüpfenden Folgen[1]), z. B. Unterwerfung unter die elterliche Gewalt, Erziehungsrecht der Eltern, gegenseitige Unterhaltspflicht, Nothwendigkeit der Zustimmung der Eltern zur Eheschließung ihres Kindes und ihre Befugniß, für dieses einen Vormund zu bestellen, gegenseitiges Erbrecht mit dem Anspruche auf einen Pflichttheil. Auch den Wohnsitz des Vaters theilt das Kind von nun an, mit der Ausnahme jedoch, daß eine Aenderung in dieser Beziehung nicht mehr stattfindet, wenn die Eheschließung der Eltern erst nach eingetretener Volljährigkeit des Kindes erfolgt[2]). Die Mutter insbesondere erlangt die Rechte einer ehelichen Mutter und kann daher nach §§ 1684, 1685 die elterliche Gewalt erwerben, während ihr dies vorher nach § 1707 unmöglich war[3]). Ferner endigt eine bisher bestehende Vormundschaft über das Kind, freilich nach BGB. § 1883 erst durch ihre Aufhebung seitens des Vormundschaftsgerichtes, wobei es die Anweisungen des Abs. 2 des angeführten Paragraphen zu beachten hat, oder durch die Rechtskraft eines die Vaterschaft des Ehemannes feststellenden Urtheils. Dies Alles tritt nicht nur in Bezug auf die unmittelbar Betheiligten ein, sondern der Legitimirte wird auch verwandt mit den Verwandten seines Vaters, ist ihnen gegenüber zur Gewährung des Unterhaltes berechtigt und verpflichtet, hat ein Erbrecht an ihrem Nachlasse und wird von ihnen beerbt u. s. w. Dieselben Wirkungen treten auch für die Abkömmlinge der Legitimirten ein, ja dies ist nach § 1722 selbst dann der Fall, wenn die Eltern eines unehelichen Kindes erst nach dessen Tode die Ehe mit einander eingehen. An bereits bestehenden Rechtsverhältnissen wird jedoch nichts mehr geändert, die Legitimation hat keine rückwirkende Kraft, sondern ihre Folgen treten

---

[1]) Inwiefern dieser Satz dadurch Einschränkungen erleidet, daß das Kind schon vorher für ehelich erklärt oder von einem Andern an Kindesstatt angenommen worden ist, wird in den beiden nächsten Paragraphen an der betreffenden Stelle erörtert werden.

[2]) BGB. § 11.

[3]) Vgl. Bunsen, Einführung in das BGB. III S. 152.

erst mit dem Zeitpunkte der Eheschließung ein[1]). Nehmen wir z. B. an, ein Bauer heirathe nach dem Tode seiner Frau, von der er einen Sohn hat, die Mutter seines vor jener Ehe geborenen unehelichen Sohnes, so würde in einem Gebiete, wo der älteste Sohn als Anerbe das Bauerngut erhält, dieses dem ehelich geborenen Kinde und nicht dem legitimirten zufallen, obwohl letzteres an Jahren älter ist, weil ersteres bis zu der legitimirenden Eheschließung Anerbe war und aus dieser Stellung nicht wieder verdrängt werden kann.

Die durch die Legitimation herbeigeführte Veränderung des Personenstandes des Kindes ist auf Antrag eines Betheiligten in dem Standesregister am Rande der über den Geburtsfall vorgenommenen Eintragung zu vermerken[2]). Da der Standesbeamte aber diesen Vermerk nur eintragen darf, wenn ihm der Vorgang durch öffentliche Urkunden nachgewiesen wird, so sind das Kind oder seine Mutter nicht in der Lage, den Antrag zu stellen, wenn sie nicht eine in einer öffentlichen Urkunde ausgestellte Anerkennung der Vaterschaft durch den Ehemann oder ein die Vaterschaft feststellendes Urtheil vorzulegen vermögen. Wird der Antrag vom Manne gestellt, so genügt wohl sein bei dieser Gelegenheit abgegebenes Anerkenntniß.

§ 4.

b) Durch Ehelichkeitserklärung.

Die von Justinian getroffene und in das gemeine Recht übergegangene legitimatio per rescriptum principis ist zwar auch in das BGB. aufgenommen, aber ihr Verhältniß zu der Legitimation d. n. E. hat sich etwas geändert. Erstere sollte, wie schon im vorigen Paragraphen erwähnt, nur als Aushülfe für Nothfälle dienen; im neuesten Rechte aber stehen beide gleichberechtigt neben einander. Dabei darf freilich nicht übersehen werden, daß die legitimatio p. r. pr. stets eine Gnadensache war[3]) und auch jetzt

---

[1]) Vgl. § 1719: „Ein uneheliches Kind erlangt dadurch, daß u. s. w., mit der Eheschließung die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes." Dies entspricht auch dem bisherigen Rechte, vgl. Haidlen III S. 584.

[2]) RG. v. 6. Februar 1875 § 26. Nöthigenfalls ist Klage zu erheben und die Eintragung durch gerichtliche Anordnung (ebenda § 65) zu bewirken. Vgl. auch Freiw. Gerichtsb. §§ 69—71.

[3]) A.A. für das gemeine Recht, Vangerow, Lehrbuch der Pandekten I § 256 Anm. 1.

noch ist (vgl. § 1734). Der Regent konnte daher bisher von den gesetzlichen Bedingungen absehen[1]), und umgekehrt hat es nach dem BGB. die Staatsgewalt in der Hand, die Ehelichkeitserklärung nur zu gewähren, wenn eine Legitimation durch nachfolgende Ehe unthunlich ist. Seine innere Rechtfertigung findet das Institut allein in der Rücksicht auf das uneheliche Kind und auf seinen Erzeuger, während die Kräftigung des Ehelichkeitsprincips hier ja nicht wirksam wird. Wenn trotzdem die Gesetzgebung das Institut nicht nur beibehalten, sondern sein Anwendungsgebiet sogar erweitert hat, so erklärt sich das wohl aus dem mehrfach in ihr hervortretenden socialen Zuge. Die thatsächliche Lage der unehelich Geborenen ist eine so ungünstige, daß man jede Gelegenheit zu ihrer Verbesserung ergreift.

I. Die Ehelichkeitserklärung darf nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung erfolgen (§ 1724) und setzt ferner einen Antrag des unehelichen Vaters, sowie die Einwilligung gewisser anderer Personen voraus; auch darf nicht einer der im Gesetz aufgestellten Unzulässigkeitsgründe vorliegen.

1. Der Antrag darf nur von Demjenigen gestellt werden, der in Wirklichkeit Erzeuger des Kindes ist[2]). Die Behörde ist also verpflichtet, sich die Ueberzeugung von dem Vorliegen dieser Voraussetzung zu verschaffen, und ist dabei nicht an die Benutzung bestimmter Beweismittel gebunden, da es sich um kein Gerichtsverfahren handelt. Nach der Natur der Sache wird sie im Allgemeinen auf die Aussagen der Betheiligten angewiesen sein. Diese vermögen daher durch falsche Angaben eine an sich unzulässige Ehelichkeitserklärung zu erwirken; ja das Gesetz ist noch weitergegangen und hat bestimmt, daß es auf die Gültigkeit der Ehelichkeitserklärung ohne Einfluß sein solle, wenn der Antragsteller (wie sich hinterher herausstellt) nicht der Vater des Kindes sei (§ 1735). Damit ist jedoch die Vorschrift nicht auf die Bedeutung einer unverbindlichen Anweisung herabgedrückt. Der Antrag muß die Erklärung des Vaters enthalten, daß er das Kind als das seinige anerkenne (§ 1725); giebt er sie schuldhafter Weise unrichtig ab, so handelt er rechtswidrig und macht sich unter Umständen einer strafbaren Verletzung des Personenstandes

[1]) Im gemeinen Rechte war dies allerdings bestritten, vgl. Windscheid II § 252 Anm. 4, Stobbe IV § 257 Anm. 40.

[2]) BGB. § 1723 „seines Vaters".

schuldig. Die Erklärung ist nur ein Zeugniß, nicht eine rechtsbegründende Handlung. Hat die Behörde den Verdacht, daß sie der Wahrheit nicht entspricht, so darf sie die Ehelichkeitserklärung nicht gewähren und hat jedenfalls die Befugniß, von dem Antragsteller weitere Beweise zu fordern. Anlaß zu einem derartigen Vorgehen kann sie namentlich durch Anträge von Verwandten des Mannes erhalten, während diese kein selbstständiges Widerspruchsrecht haben (auch aus BGB. § 12 läßt es sich nicht ableiten). Hatte die Mutter innerhalb der Empfängnißzeit mehreren Männern die Beiwohnung gestattet, und erwirkt einer von ihnen die Ehelichkeitserklärung des Kindes, so ist dieses nun nicht mehr unehelich, d. h. hat einen gesetzlich anerkannten Vater und kann deshalb von keinem der anderen Beiwohner seiner Mutter mehr legitimirt werden. Das ist auch ein durchaus zu billigendes Ergebniß, weil kein begründetes Bedürfniß besteht, dem Kinde die Zugehörigkeit zu einer zweiten oder auch nur zu einer anderen väterlichen Familie (unter Aufgabe der aus der ersten Ehelichkeitserklärung erlangten Rechte) zu verschaffen, überdies die Möglichkeit einer Anfechtung der Einwilligung des Kindes offenbleibt. Bedenken kann nur erregen, daß auf diese Weise auch eine Legitimation d. n. E. seitens des Erzeugers ausgeschlossen wird[1]). Doch tritt dieser Erfolg nur ein, wenn nachgewiesen werden könnte, daß Derjenige, welcher die Ehelichkeitserklärung erwirkt hat, unmöglich der Vater des Kindes sein kann. Das BGB. steht aber auf dem Standpunkte, daß es überhaupt nicht immer die wirkliche Abstammung über den Familienstand entscheiden läßt (ist doch die Möglichkeit gegeben, daß der Ehemann ein in der Ehe vorzeitig geborenes Kind wider besseres Wissen als das seinige anerkennt), namentlich nicht bei unehelicher Verwandtschaft, während dem ehelichen Erzeuger allerdings sein Abkömmling nicht entzogen werden darf. Außerdem handelt es sich hier um ganz außergewöhnliche Fälle, welche die gesetzliche Regel außer Acht lassen konnte.

Eine Frau kann nach BGB. so wenig wie nach bisherigem Rechte ihrem unehelichen Kinde auf diesem Wege die Stellung eines ehelichen verschaffen. Veränderungen zu Gunsten des Kindes würden

[1]) Heirathet dagegen Derjenige, welcher sein Kind hatte für ehelich erklären lassen, hinterher noch die Mutter, so treten jetzt die Wirkungen der Legitimation d. n. E. ein, die, wie unten zu zeigen ist, weitergehen als die einer Ehelichkeitserklärung.

dadurch in den so wie so schon bestehenden Rechtsverhältnissen auch nicht herbeigeführt werden, nur der Mutter würde unter entsprechender Anwendung des § 1684 nunmehr die elterliche Gewalt zufallen. Hierin liegt aber kein ausreichender Grund für ein gesetzgeberisches Vorgehen. Und von dem Makel der unehelichen Geburt würde das Kind doch nicht befreit werden, weil es den Namen der Mutter behalten müßte und so stets als außer der Ehe erzeugt kenntlich bliebe.

2. Der Antrag bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung (§ 1730)[1] und kann nicht durch einen Vertreter gestellt werden (§ 1728 Abs. 1). Ist der Vater geschäftsunfähig, so kann eine Ehelichkeitserklärung demnach überhaupt nicht erwirkt werden. Ist er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf er der Zustimmung seines Vormundes und der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes (§ 1729 Abs. 1). Diese Zustimmungserklärungen sind nicht an die angegebene Form gebunden[2].

Der Antrag des Vaters stellt sich als ein einseitiges Rechtsgeschäft dar. Zwar muß zu ihm die Einwilligung des Kindes hinzukommen, aber es wird nicht zwischen ihnen beiden ein Vertrag abgeschlossen, da weder die Erklärungen mit Nothwendigkeit dem anderen Theile gegenüber abzugeben sind, noch durch sie die das schließliche Ziel bildenden Wirkungen hervorgerufen werden: vielmehr enthalten Antrag und Einwilligung zwei ganz selbstständige Voraussetzungen der Ehelichkeitserklärung. Daß dies die Auffassung des Gesetzes ist, erhellt aus der Vorschrift des § 1726 Abs. 2, daß die Einwilligung unwiderruflich sei, was bei Unterstellung eines Vertrages ja nicht erst hätte bestimmt zu werden brauchen. Der Antrag ist auch nicht eine empfangsbedürftige Willenserklärung im Sinne des BGB. § 130 Abs. 1, sondern es findet nur der Abs. 3 dieses Paragraphen auf sie Anwendung. Wenn auch thatsächlich immer zunächst eine Willensübereinstimmung zwischen Erzeuger und Kind hergestellt

[1] Die nach gemeinem Rechte zulässige Beantragung der Ehelichkeitserklärung seitens des Kindes auf Grund einer testamentarischen Ermächtigung durch den Vater (Windscheid II § 522 Anm. 6, Dernburg III § 29 Anm. 6, Stobbe IV § 257) ist nicht mehr gestattet.

[2] Für die Gültigkeit der Ehelichkeitserklärung genügt es nach BGB. § 184, daß sie nachträglich ertheilt wird, was freilich nur bei einem Versehen der zur Legitimation zuständigen Behörde vorkommen kann.

werden wird, so ist diese doch rechtlich gleichgültig. Maßgebend sind nur der Antrag und die Einwilligung, und sie werden nach der angezogenen Bestimmung erst wirksam, wenn sie der Behörde zugehen. Selbst als Vorvertrag kann jene Willensübereinstimmung keinen Anspruch auf Abgabe dieser Erklärungen begründen. Die Legitimation ist aber in erster Linie dazu bestimmt, persönliche Rechtsverhältnisse zwischen dem Erzeuger und seinem Abkömmlinge zu schaffen. Dadurch entsteht der Zweifel, ob sie nach dem Tode eines der Betheiligten noch zulässig ist. Das BGB. nun bestimmt in dieser Beziehung, theilweise von dem Grundsatze des § 130 Abs. 2 abweichend: Stirbt der Vater, nachdem er den Antrag bei der zuständigen Behörde eingereicht oder bei oder nach der gerichtlichen Beurkundung des Antrages das Gericht oder den Notar mit der Einreichung betraut hat, so kann die Ehelichkeitserklärung dennoch erfolgen und hat die gleiche Wirkung als wenn sie vor dem Tode des Vaters erfolgt wäre (§ 1733 Abs. 2 und 3)[1]. Dagegen gilt nicht Dasselbe, wenn der Vater etwa nachträglich den beurkundenden Notar schriftlich bevollmächtigen will, aber stirbt, bevor sein Brief in dessen Hände kommt. Für den Fall der eintretenden Geschäftsunfähigkeit enthält das Gesetz keine ähnliche Ausnahme. Wird aber der außereheliche Erzeuger wahnsinnig, nachdem er sein Gesuch an die zuständige Behörde abgesandt hat, so kann die Ehelichkeitserklärung nach BGB. § 130 Abs. 2, 3 gültig vorgenommen werden; tritt die Krankheit, nachdem er einem Anderen zur Einreichung Vollmacht ertheilt hatte, ein, so erlischt nach BGB. §§ 168, 672 dieser Auftrag nicht, und da der Beauftragte als bloßer Bote aufgefaßt werden muß, so hat der Vater mit der Absendung der Vollmacht Alles gethan, was von seiner Seite zum Zwecke der Mittheilung an die Behörde geschehen mußte und damit seine Willenserklärung im Sinne des § 130 abgegeben[2].

Nach dem Tode des Kindes kann die Ehelichkeitserklärung in keinem Falle mehr wirksam erfolgen, gleichviel, ob die Behörde vor ihrer Entscheidung von diesem Ereignisse Kunde erhielt oder nicht. Demnach kann ein Enkelkind durch seinen unehelichen Großvater nicht mehr legitimirt werden, wenn der Vater oder die Mutter bereits

---

[1]) Inzwischen ist für die Erbtheilung BGB. § 2043 entsprechend anwendbar.

[2]) Vgl. Planck, Erl. 5 zu § 130.

gestorben sind. Es können jetzt nur noch durch Erbeinsetzung u. s. w. die entsprechenden vermögensrechtlichen Wirkungen herbeigeführt werden.

3. Eine weitere gesetzliche Voraussetzung dieser Legitimität bildet die Einwilligung des Kindes (§ 1726), während ihre Nothwendigkeit nach gemeinem Rechte bestritten war[1]). Ist das Kind geschäftsunfähig (geisteskrank), oder hat es das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet, so ist sein gesetzlicher Vertreter befugt, mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes die Erklärung abzugeben (§ 1728 Abs. 2). Ist es in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf es ebenso wie der Vater der Zustimmung seines Vormundes und der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes (§ 1729 Abs. 2). Hat es noch nicht das 21. Lebensjahr[2]) zurückgelegt, so ist weiter die Einwilligung seiner Mutter nothwendig. Falls sie aber ihre Zustimmung verweigert, kann diese auf Antrag des Kindes[3]) durch die Vormundschaftsbehörde ersetzt werden, wenn das Unterbleiben der Ehelichkeitserklärung ihm zum unverhältnißmäßigen Nachtheil gereichen würde (§ 1727)[4]). Und ist die Mutter zur Abgabe einer Erklärung dauernd außer Stande, namentlich geschäftsunfähig, oder ist ihr Aufenthalt dauernd unbekannt, so fällt das Erforderniß ganz hinweg (§ 1726 Abs. 3)[5]).

---

[1]) Windscheid II § 522, Dernburg III § 29 Anm. 9, Stobbe IV § 257.

[2]) Entscheidend ist hier ausschließlich das Alter und nicht die regelmäßig mit ihr zusammenfallende Minderjährigkeit; eine Volljährigkeitserklärung bleibt daher einflußlos.

[3]) Das Verbot der Vertretung in § 1728 erstreckt sich nicht auf § 1727, der Antrag auf Ergänzung der Einwilligung der Mutter ist vielmehr, und zwar ohne Rücksicht auf das Alter des Kindes, stets von seinem Vormunde zu stellen.

[4]) Die Verfügung des Vormundschaftsgerichtes tritt erst mit ihrer Rechtskraft in Wirksamkeit. Es ist daher sofortige Beschwerde gegen sie zulässig. Dennoch kann sie bis zur erfolgten Ehelichkeitserklärung geändert werden. Freiw. Gerichtsb. §§ 53, 60 Nr. 6, 55.

[5]) Dauernd außer Stande, eine Erklärung abzugeben, ist die wegen Geisteskrankheit entmündigte Mutter auch in lichten Augenblicken, da BGB. § 104 ganz allgemein den aus diesem Grunde Entmündigten die Geschäftsfähigkeit abspricht, hier aber nicht die natürliche Handlungsfähigkeit, sondern die vom Recht anerkannte Fähigkeit, Handlungen mit rechtlicher Wirksamkeit vorzunehmen, entscheidend sein muß. Schwierigkeiten können entstehen, wenn keine Entmündigung stattgehabt hat, weil dann die freie Willensbestimmung im Augenblick der Genehmigung vorhanden gewesen sein muß.

Wenn der Vater verheirathet ist, so muß auch seine Ehefrau ihre Einwilligung geben, es müßte denn einer der eben in Bezug auf die Mutter erwähnten Ausnahmefälle vorliegen (§ 1726). Ersetzt werden kann dagegen ihre Zustimmung nicht, weil sie durch die Wirkungen der Ehelichkeitserklärung thatsächlich, wenn auch nicht rechtlich, viel stärker berührt wird als die Mutter des Kindes. Die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit kommt bei Beiden gleichmäßig nicht in Betracht; sie können ihre Einwilligung ohne die Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters erklären (§ 1729 Abs. 3)[1]).

Die Mitwirkung aller dieser Betheiligten wird nicht aus dem Grunde gefordert, weil die Ehelichkeitserklärung bestimmt wäre, ihren Interessen in derselben Weise zu dienen. Die Einwilligung der unehelichen Mutter und der Ehefrau soll offenbar nur die Thatsache feststellen, daß sie die Maßregel nicht als ihnen nachtheilig ansehen und deßhalb keinen Widerspruch erheben. Zweifelhafter liegt die Sache bezüglich des Kindes, weil die ganze Rechtseinrichtung geschaffen ist, um seine Stellung zu verbessern. Aber dennoch ist nicht anzunehmen, daß das BBG. auf die Erreichung dieses Zweckes mehr Werth legt als auf den Erwerb der Elternrechte durch den Erzeuger. Denn nur der Letztere vermag durch seinen Antrag das erforderliche Verfahren herbeizuführen, und sein Wille kann auch im Falle seiner Geschäftsunfähigkeit nicht durch den eines Anderen ersetzt werden, wohl aber der des Kindes.

Die Einwilligungserklärungen sind in allen drei Fällen entweder dem Vater oder der zuständigen Behörde gegenüber abzugeben, und es muß hierbei dieselbe Form beobachtet werden, die für den Antrag des Vaters vorgeschrieben ist (§ 1730). Für die zur Zustimmung des Kindes etwa erforderliche Genehmigung des Vormundes und der Obervormundschaft gilt dies nicht; sie kann formlos ertheilt und nach BGB. § 182 sowohl dem Kinde als dem Vater oder der für die Zuständigkeitserklärung zuständigen Behörde erklärt werden. Liegt einer der Ausnahmefälle vor, wo die Einwilligung der Mutter oder der Frau nicht nöthig ist, so muß dieser Thatbestand der für die Ehelichkeitserklärung zuständigen Behörde nachgewiesen werden.

---

[1]) Für die Gültigkeit der Ehelichkeitserklärung genügt es nach BGB. § 184, wenn die Einwilligung eines der Betheiligten nachträglich ertheilt wird, was freilich nur bei einem Versehen der Behörde vorkommen kann.

4. Die Einwilligung der unter 3. aufgeführten Betheiligten ist nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 1726 unwiderruflich. Bis die Erklärung dem Vater oder der Behörde zugegangen ist, kann sie freilich nach BGB. § 130 durch einen vor oder gleichzeitig mit ihr ankommenden Widerruf zurückgenommen werden[1]). Zweifelhafter steht es mit der Widerruflichkeit des Antrages des Vaters. Zwar hat die Behörde jedenfalls nach § 1734 die Befugniß, seinen nachträglichen Widerspruch — ebenso übrigens auch den des Kindes, der Mutter oder der Frau — zu berücksichtigen, und sogar die Pflicht hierzu, wenn der Widerspruch nach ihrem Ermessen die Legitimation als unzweckmäßig erscheinen läßt. Aber eine andere Frage ist es, ob eine ihr rechtzeitig zugegangene Zurücknahme von ihr beachtet werden muß, wenn sie trotzdem die Ehelichkeitserklärung für angemessen hält, und ob die verspätet anlangende die Ungültigkeit der Legitimation bewirkt, falls sie von dem Vater vor der letzteren abgegeben worden ist. Die Motive[2]) führen als Grund für die Unwiderruflichkeit der Einwilligungen an, es solle verhindert werden, daß durch eine willkürliche Zurücknahme seitens der betreffenden Personen das ganze weitere Verfahren vergeblich werde und vielleicht erst nach ertheilter Ehelichkeitserklärung deren Unwirksamkeit auf Grund des vorher erfolgten Widerrufes sich herausstelle. Diese Erwägung trifft bei dem Antrage gleichfalls zu. Aber sie scheint für den Urheber des Gesetzes hier nicht maßgebend gewesen zu sein, da er für diesen weiteren Fall keine entsprechende Anordnung getroffen hat. Und es läßt sich nicht behaupten, daß sie nach dem Wesen des Antrages überflüssig gewesen wäre. Wenn der Antrag auch als selbständiges Rechtsgeschäft in dem Zeitpunkte wirksam wurde und abgeschlossen war, wo er in die Hände der Behörde gelangte, und somit ein Widerruf nach BGB. § 130 unstatthaft war, so folgt daraus doch nicht, daß er nicht aus anderen Gründen zurückgenommen werden konnte, so gut wie z. B. die Ertheilung einer vorherigen Zustimmung nach § 183 oder eines Auftrages nach § 671 oder des Stiftungsgeschäftes unter Lebenden nach § 81. Ebenso wenig ist § 145 anwendbar, da es sich nicht um einen Antrag zur Schließung eines Vertrages handelt. Gerade diese letztere

[1]) In den Fällen des § 1729 kann regelmäßig derselbe Erfolg dadurch herbeigeführt werden, daß bei dem Vormundschaftsgerichte die Versagung der Genehmigung beantragt wird; dieses wird dann schwerlich die Genehmigung ertheilen.

[2]) Haidlen III S. 594.

Bestimmung, die ja auch eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung betrifft, beweist, daß eine ausdrückliche Vorschrift erforderlich gewesen wäre, um die sofortige Gebundenheit des Vaters herbeizuführen, und in gleicher Weise läßt sich § 1754, ja auch § 1726 selbst verwerthen. Der Vater kann also bis zur Ertheilung der Legitimation seinen Antrag zurücknehmen, auch wenn auf diese Weise die Ehelichkeitserklärung nachträglich hinfällig wird[1]). Auch hierin tritt zu Tage, daß dem Interesse des Vaters mehr Gewicht beigelegt wird als dem des Kindes, das nur der Mutter und der Ehefrau des Vaters gleichgestellt ist.

Dasselbe Ergebniß tritt übrigens ein, wenn eine der betheiligten Personen ihre Willenserklärung anficht, was natürlich nach den allgemeinen Grundsätzen zulässig ist. Die Anfechtung hat nach BGB. § 142 die Folge, daß das Rechtsgeschäft als von Anfang an nichtig anzusehen ist. Damit fällt eine gesetzliche Voraussetzung der Ehelichkeitserklärung hinweg, und diese selber wird nichtig. Ueber die Zulässigkeit der Vertretung und in Bezug auf die Bestätigung der Rechtshandlung gelten hierbei dieselben Vorschriften wie bei dem Antrage des Vaters oder der Einwilligung der übrigen Betheiligten (§ 1731). Daß Dritte in unserem Falle kein Anfechtungsrecht haben, versteht sich von selbst. Ebenso erhellt aus BGB. § 143, daß die Anfechtung nicht immer durch Erhebung einer Klage vorsichzugehen braucht, sondern daß eine Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner genügt, so daß eine gerichtliche Entscheidung über die Frage, ob das uneheliche Kind wirklich legitimirt ist oder nicht, denkbarer Weise, obwohl thatsächlich gewiß nur selten, erst nach Jahren abgegeben wird. Anfechtungsgegner des Kindes, der Mutter und der Ehefrau des Vaters ist nach § 143 Abs. 3 der Vater; Anfechtungsgegner des Vaters ist nach Abs. 4 desselben Paragraphen wohl nicht das Kind, weil es nicht unmittelbar auf Grund des Rechtsgeschäftes, d. h. des Antrages, einen rechtlichen Vortheil erlangt, sondern erst durch die Ehelichkeitserklärung[2]). Jedenfalls ist es am sichersten, wenn der Vater die Erklärung der Behörde gegenüber abgibt, an die sein Antrag gerichtet war. Zweifelhaft ist auch, wer im ersten Falle nach dem Tode des Vaters oder des Kindes als Anfechtungsgegner anzusehen ist. Wenn auch

---

[1]) Uebereinstimmend die Motive (Haidlen III S. 598 unten).

[2]) Vgl. Planck, Erl. 3 zu § 143.

im Allgemeinen Anfechtungsrechte auf die Erben übergehen und gegen die Erben erhoben werden können, so ist nach Wesen und Zweck der hier in Rede stehenden Anfechtung doch das Gegentheil anzunehmen. Denn zur Geltendmachung der Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäftes kann nur Derjenige als befugt angesehen werden, der an ihr ein Interesse hat. Auf Seiten des Anfechtungsberechtigten ist also nothwendige Voraussetzung, daß durch die Willenserklärung, die beseitigt werden soll, seine rechtliche Lage verschlechtert ist; auf Seiten des Gegners, daß sie verbessert ist[1]). Hieraus dürfte sich Folgendes ergeben. Nach dem Tode des Kindes sind anfechtungsberechtigt seine Abkömmlinge, um einer etwaigen Unterhaltspflicht gegen den Vater zu entgehen, und die sonstigen Erben, soweit sie durch dessen Erbrechte beeinträchtigt würden. Seine Mutter behält aus demselben Grunde die Befugniß, die Ungültigkeit ihrer Einwilligung zu behaupten. Auch für die Frau des Vaters fällt dieses Recht wohl nicht hinweg, denn solange ihr Mann lebt, bleibt sie der Gefahr ausgesetzt, durch die persönlichen Beziehungen ihres Mannes zu den Abkömmlingen des Kindes mitbetroffen zu werden und, wenn, wie bei einer Ehelichkeitserklärung als gewöhnlicher Fall vorauszusetzen ist, die Eheleute keine gemeinsamen Kinder haben, zur Erbschaft ihres Mannes nur zu einem Viertel und nicht zur Hälfte oder als alleinige Erbin berufen zu werden[2]). Hat das Kind freilich keine Nachkommen hinterlassen, so wird das Anfechtungsrecht gegenstandslos. Ist der Vater gestorben, so treten seine Erben in Bezug auf die Befugniß, eine Beseitigung der Ehelichkeitserklärung herbeizuführen, an seine Stelle. Die Rechte seiner Frau bleiben unverändert; dagegen erlischt das Anfechtungsrecht der Mutter, weil sie jetzt eine Schmälerung ihrer Erbansprüche nicht mehr zu fürchten hat. Für das Kind selbst kommt nach dem Tode des Vaters der Umstand, daß es seinen Namen erhalten hat, wohl nicht in Betracht, da es auch ohne Anfechtung mit obrigkeitlicher Erlaubniß seinen ursprünglichen Namen wieder annehmen kann. Aber falls es noch in der Lage ist, gegen seinen wirklichen Erzeuger Ansprüche aus BGB. § 1708 geltend zu machen oder durch Verheirathung des Letzteren mit seiner Mutter legitimirt zu werden, darf

[1]) Dementsprechend wird im BGB. § 143 Abs. 2 als Anfechtungsgegner bezeichnet: „Derjenige, welcher . . . erworben hat" und in Abs. 4: „Jeder, der . . . erlangt hat".

[2]) Vgl. BGB. § 1931.

es sich auf die Ungültigkeit seiner Einwilligung berufen. — Ist das Kind gestorben, so ist eine Anfechtungserklärung seitens des Vaters zwecklos, wenn das Kind weder eheliche Abkömmlinge noch eine Ehefrau hinterläßt, noch eine letztwillige Verfügung getroffen hat, weil dann Jener selbst als nächster Erbe berufen ist. Nach dem Tode des Vaters aber können nicht seine Erben als Anfechtungsgegner des Kindes in Betracht kommen, weil sie von der Ehelichkeitserklärung keinen Vortheil, sondern höchstens Nachtheil gehabt haben und umgekehrt die Wiederaufhebung zu ihren Gunsten wirken würde. Die Erwägung einer weiteren Anfechtungsmöglichkeit führt uns aber auf einen Ausweg. Durch die Einwilligung der Mutter des Kindes oder der Ehefrau des Vaters wurde nämlich die Lage des Kindes verbessert; da sie aber nicht ihm gegenüber abgegeben war und es auch nicht auf Grund derselben unmittelbar einen rechtlichen Vortheil erlangt hat, so ist auch für die Genannten eigentlich gar kein Anfechtungsgegner vorhanden. Man darf jedoch wohl die Bestimmung des Abs. 4, Satz 2 des § 143 auf diesen Fall ausdehnen, obwohl sie voraussetzt, daß die Willenserklärung einer Behörde gegenüber abgegeben werden kann. In derselben Weise wäre zu helfen, wenn das Kind seine eigene Einwilligung anfechten will.

5. Das Fehlen eines der bisher aufgeführten gesetzlichen Erfordernisse der Ehelichkeitserklärung hat deren Nichtigkeit zur Folge. Diese kann namentlich nicht durch Nachholung einer fehlenden Einwilligungserklärung beseitigt werden, weil die Einwilligung nicht zu dem Antrage zu ertheilen ist, sondern eine selbständige Voraussetzung der Ehelichkeitserklärung bildet, so daß §§ 182 ff. nicht maßgebend sind [1]). Diesen Grundsatz hat das BGB. aber nicht strenge durchgeführt, vielmehr in § 1735 angeordnet, daß es auf die Wirksamkeit der Erklärung ohne Einfluß sein soll,

a) wenn der Antragsteller nicht der Vater des Kindes ist;

b) wenn mit Unrecht angenommen worden ist, daß die Mutter des Kindes oder die Frau des Vaters zur Abgabe einer Erklärung dauernd außer Stande oder ihr Aufenthalt dauernd unbekannt sei.

Die erste Annahme greift auch dann Platz, wenn der Antragsteller bewußt wahrheitswidrig das Kind als das seinige anerkannt hat. Auf diese Weise ist es freilich möglich, die gesetzlichen Be-

[1]) Fischer-Henle, Anm. 2 zu § 1726.

dingungen der Adoption[1]) zu umgeben und doch im Wesentlichen denselben Erfolg herbeizuführen, falls nur der zu Legitimirende überhaupt unehelich geboren ist. Doch wird dies thatsächlich selten vorkommen. Dagegen genügt es nicht, wenn die Einwilligung der Mutter oder der Frau aus einem andern als den unter b) angeführten Gründen nicht eingeholt ist, z. B. in Folge eines Versehens der Behörde. Wenn aber z. B. der Antragsteller zweimal verheirathet gewesen ist und unter Vorlegung der Sterbeurkunde seiner ersten Frau in seinem Gesuche behauptet hat, er sei Wittwer, so ist die hierdurch erwirkte Ehelichkeitserklärung gültig. Denn als die Absicht des § 1735 darf angenommen werden, daß die Legitimation durch das Fehlen der Einwilligung der Frau oder der Mutter, weil diese von untergeordneter Bedeutung ist, dann nicht unwirksam werden soll, wenn es durch einen Irrthum über die thatsächlichen Umstände veranlaßt ist. Auch bei der vorausgesetzten Sachlage aber läßt sich noch sagen, daß mit Unrecht das Vorliegen der vom Gesetz aufgestellten Erfordernisse angenommen ist.

6. Endlich darf auch nicht einer der beiden Gründe vorliegen, die nach §§ 1732, 1733 die Ehelichkeitserklärung unzulässig machen. Es darf nämlich nicht

a) zur Zeit der Erzeugung des Kindes für seine Eltern das Ehehinderniß der Verwandtschaft oder der Schwägerschaft (BGB. § 1310) bestanden haben. Ob incestuosi und adulterini legitimirt werden könnten, war schon nach gemeinem Rechte streitig[2]). Das BGB. hat das Hinderniß also bei letzteren fallen lassen, dagegen für die ersteren aufgenommen ohne Rücksicht auf den etwaigen guten Glauben des Vaters und der Mutter. Da die Legitimation durch nachfolgende Ehe auch in diesem Falle nicht unbedingt ausgeschlossen ist (vgl. S. 37), so besteht eine kaum gerechtfertigte Verschiedenheit zwischen den beiden Arten der Legitimation[3]). Hervorzuheben

[1]) Als solche kommen namentlich in Betracht das Fehlen ehelicher Abkömmlinge des Antragstellers (BGB. § 1741) und Erreichung des 50. Lebensjahres seitens desselben (§ 1744).

[2]) Windscheid II § 522 Anm. 3, Dernburg III § 29 Anm. 8, Stobbe IV § 257. Ueber die hier maßgebende fictio retrotractiva vgl. Wolf, Die legitim. p. subs. matr. S. 38 ff.

[3]) Die Berufung der Motive (Haidlen III S. 598) darauf, daß in der überwiegenden Anzahl solcher Fälle durch die Zulassung der Legitimation gegen die Begriffe von Recht und Sitte verstoßen werde, und daß die gesetzliche Regelung zur Ver-

ist aber, daß das Hinderniß schon zur Zeit der Erzeugung bestanden haben muß. Hat also z. B. ein Mädchen von einem älteren Manne ein uneheliches Kind und heirathet dann seinen Sohn[1]), so kann der Vater doch das Kind legitimiren lassen.

b) Die Ehelichkeitserklärung ist unzulässig nach dem Tode des Kindes. Dies kann auch dadurch nicht abgewendet werden, daß das Kind bereits seine Einwilligung zu dem Antrage des Vaters erklärt hatte, und ebenso ist einflußlos, daß die zuständige Behörde im Zeitpunkte ihrer Entscheidung nicht wußte, daß das Kind gestorben sei. Diese Bestimmung ist für seine Abkömmlinge von großer Bedeutung, indem ihnen dadurch die Erlangung eines Verwandtschaftsverhältnisses zu ihrem unehelichen Großvater, wie es sonst nach § 1737 eingetreten sein würde, unmöglich gemacht wird. In diesem Punkte ist also einmal für den Gesetzgeber das Interesse des Vaters, dem eine Ehelichkeitserklärung auch jetzt vielleicht noch ebenso erwünscht ist wie bei Lebzeiten des Kindes, nicht maßgebend und alles Gewicht darauf gelegt, daß die sociale Fürsorge für den unehelich *Geborenen* nicht mehr möglich ist.

7. Zuständig zur Ehelichkeitserklärung ist derjenige Bundesstaat, dem der Vater angehört (§ 1723). Besitzt er mehrfache Staatsangehörigkeit, so hat er die Wahl zwischen den verschiedenen in Betracht kommenden Staatsgewalten. Die Entscheidung darf innerhalb des einzelnen Landes nicht einer beliebigen Behörde zugewiesen werden, sondern steht nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 1723 Abs. 3 ausschließlich der Landesregierung zu. Ist der Vater zwar ein Deutscher, gehört aber keinem Bundesstaate an, so ist der Reichskanzler zuständig. Das uneheliche Kind eines Ausländers kann durch die deutschen Behörden nicht legitimirt werden, selbst wenn die Mutter eine Deutsche ist, und der Erzeuger seinen ständigen Wohnsitz innerhalb der Reiches hat[2]).

---

meidung eines Aergernisses den Vorzug verdiene, trifft entweder auch für die Legit. d. nachf. E. zu oder sollte auch bei der Ehelichkeitserklärung wenigstens dann nicht den Ausschlag geben, wenn sie in gutem Glauben nachgesucht und ertheilt ist.

[1]) Das Ehehinderniß des § 1310 Abs. 2 bewirkt nach § 1327 nicht die Nichtigkeit der dennoch geschlossenen Ehe.

[2]) E. G. z. BGB. Art. 22. Nach Abs. 2 dieses Art. kommt aber das deutsche Recht insoweit zur Anwendung, als die im Auslande vorgenommene Legitimation in Deutschland unwirk-

Wird die Ehelichkeitserklärung von einer Behörde vorgenommen, so wird wohl Niemand daran zweifeln, das es sich um eine bloße Anwendung des Rechtes handelt. Dasselbe ist aber auch zu sagen, wenn sie durch den Landesherrn erfolgt. Ihre theoretisch wohl zu vertheidigende Auffassung als Ertheilung eines Privilegiums und der Umstand, daß bei einer solchen das Staatsoberhaupt meistens nicht an die regelmäßigen Schranken seiner gesetzgebenden Gewalt gebunden ist, vermögen hieran nichts zu ändern. Angewendet wird das Reichsrecht, das den Landesgesetzen vorgeht. Daher kann keine Rede davon sein, daß der Regent, wie für das gemeine Recht von Manchen behauptet wurde (vergl. oben S. 43 Anm. 1), von den gesetzlichen Bedingungen der Ehelichkeitserklärung absehen dürfe.

II. Durch die Ehelichkeitserklärung erlangt das Kind seinem Vater gegenüber vollständig die Stellung eines ehelichen, mit allen daraus sich ergebenden Folgerungen (§ 1736), wie sie in ihren wichtigsten Beispielen schon bei der Legitimation d. nachf. E. hervorgehoben worden sind. Besonders aufmerksam gemacht werden soll nur darauf, daß dem Vater kraft seiner elterlichen Gewalt auch die Verwaltung und Nutznießung an dem Vermögen des Kindes zufällt, und daß er hierin bei einer demnächstigen Verheirathung denselben Beschränkungen unterliegt wie der eheliche Vater (§ 1740, vergl. unten § 11 g. E.). Ebenso wie bei der anderen Art der Legitimation erstrecken sich die Wirkungen auf die Abkömmlinge des Kindes (§ 1737 Satz 1)[1][2]). Dagegen besteht ein erheblicher Unterschied von jener darin, daß die Verwandten des Vaters, einschließlich seiner

---

sam ist, wenn sie ohne die bei uns erforderliche Einwilligung des Kindes oder seines Vormundes und der Mutter erfolgt ist.

[1]) Einwilligung dieser Abkömmlinge ist nicht erforderlich, obwohl für sie Verbindlichkeiten aus der Ehelichkeitserklärung erwachsen können, namentlich die Verpflichtung zur späteren Gewährung des Unterhalts an den legitimirenden Ascendenten. Die Legitimation begründet eben kein willkürlich geschaffenes Verhältniß, sondern knüpft an eine schon bestehende natürliche Blutsgemeinschaft an.

[2]) Zur Erlangung der Zugehörigkeit zu einer Familie des hohen Adels genügt die Ehelichkeitserklärung nicht, ebensowenig zur Begründung eines Nachfolgerechtes in Familienfideicommisse und Lehen, vgl. Stobbe I § 44. Dieser Rechtszustand bleibt nach Art. 57—59 der EG. z. BGB. unverändert. Landesgesetzliche Vorschriften, die den Erwerb des niederen Adels ausschließen, bleiben unberührt, da sie dem öffentlichen Rechte angehören.

ehelichen Nachkommenschaft, in kein Familienverhältniß zu dem Legitimirten und seinen Abkömmlingen treten[1]). Es entsteht also auch insoweit keine gegenseitige Unterhaltspflicht und kein Erbrecht u. s. w. Hieran kann selbst durch die Einwilligung der Verwandten oder einen Vertrag mit ihnen nichts geändert werden; auch durch Erbverträge und letztwillige Verfügungen können gegenseitige Erbrechte nur in demselben Umfange geschaffen werden wie im Verhältnisse zu Fremden, nicht aber auch für und gegen die weiteren Nachkommen, wie bei der Legitimation d. n. E. Nur das Ehehinderniß der Verwandtschaft greift Platz, da es nach BGB. § 1310 Abs. 3 auch schon vor der Ehelichkeitserklärung bestand. Ueberdies werden die Verwandten des Vaters wenigstens mittelbar durch diese betroffen, insofern ihnen Erbansprüche, die sie sonst haben würden, verlorengehen oder geschmälert werden; selbst der Umfang ihres Pflichttheils verringert sich[2]). Eine weitere Folge ist, daß der Legitimirte bei der Bemessung der Unterhaltspflicht seines Vaters gegenüber seinen Angehörigen in Betracht zu ziehen ist, da die neue Unterhaltspflicht gegen das für ehelich erklärte Kind zu den sonstigen Verpflichtungen im Sinne des BGB. § 1603 Abs. 1 gehört. Sollte ein Mann mehrere uneheliche Kinder, die er mit verschiedenen Frauen erzeugt hat, legitimiren lassen, so darf man nicht aus § 1736 folgern, daß sie in das Verhältniß halbbürtiger Geschwister zu einander treten, sondern jedes von ihnen gehört zu den Verwandten des Vaters, die durch die Ehelichkeitserklärung des anderen Kindes nicht unmittelbar betroffen werden.

Ganz ähnlich wie für die Blutsverwandten liegt die Sache für die Frau des Vaters und den Ehegatten des Kindes. Erstere wird nicht mit dem Kinde, letzterer nicht mit dem Vater verschwägert. Die Bedeutung dieses Grundsatzes beschränkt sich hier jedoch auf das

[1]) Schon die neueren Gesetzgebungen schränkten vielfach die Rechtsbeziehungen der Kinder zu den Verwandten des Vaters ein, vgl. Stobbe IV § 257, Stölzel, Das Recht der väterl. Gewalt in Preußen, S. 11. Das gemeine Recht knüpft an die Ehelichkeitserklärung dieselben Wirkungen wie an die Legitimation p. s. m., vgl. Windscheid II § 522, Dernburg III § 29. In dieser Verschiedenheit tritt der Einfluß älterer deutscher Anschauungen, die der Legitimation abhold waren, unterstützt durch lehnrechtliche Erwägungen, zu Tage.

[2]) Diese Umstände können für die Behörde ein Anlaß werden, zu Gunsten der ehelichen Abkömmlinge die Legitimation zu verweigern.

Vormundschaftsrecht (BGB. §§ 1799, 1847, 1859) und die Befugniß zur Zeugnißverweigerung im Processe. Denn in Bezug auf die Möglichkeit einer Eheschließung ist BGB. § 1310 Abs. 2 zu beachten, und mittelbare Wirkungen treten für sie ebenso wie für die Verwandten ein.

An der Stellung des Kindes zu seiner Mutter und seinen mütterlichen Verwandten ändert sich im Allgemeinen nichts, wenn auch mittelbare Wirkungen durch die nunmehr entstandenen Erbansprüche des Vaters u. s. w. eintreten (§ 1737 Abs. 2). Dazu gehört, was das Gesetz in § 1739 ausdrücklich hervorhebt, daß die Verpflichtung, dem Kinde Unterhalt zu gewähren, von jetzt an in erster Linie dem Vater obliegt[1]). In stärkerem Maße wird die Mutter insbesondere betroffen. Sie verliert nämlich das ihr nach § 1707 zustehende Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen; Beides geht auf den Vater über, da er die elterliche Gewalt über das (minderjährige) Kind erlangt, und Jene behält nicht einmal die der ehelichen Mutter nach § 1634 zustehende Befugniß zur Sorge für die Person des Kindes neben ihm. Nur unter der doppelten Voraussetzung, daß die Gewalt des Vaters endigt oder wegen Geschäftsunfähigkeit (nicht wegen bloßer Beschränkung in der Geschäftsfähigkeit) oder wegen längerer thatsächlicher Verhinderung ruht[2]), und daß zugleich die Mutter dem Kinde Unterhalt zu gewähren hat, fällt auch das Recht der Sorge an sie zurück (§ 1738). Daß der Vater völlig außer Stande ist, seiner Unterhaltspflicht zu genügen, darf nicht gefordert werden. Die angegebene Wirkung tritt vielmehr schon ein, sobald die Mutter genöthigt ist, den Unterhalt zu einem nicht ganz unerheblichen Theile zu übernehmen.

III. Die Ehelichkeitserklärung ist auf Antrag eines Betheiligten in das Standesregister am Rande der über den Geburtsfall vorgenommenen Eintragung zu vermerken[3]), wie eine Legitimation d. n. E. Die dort möglicher Weise vorhandene Schwierigkeit des Nachweises der Abstammung kann hier nicht vorkommen, da die von der Behörde ausgestellte Urkunde jedenfalls genügt. Daher bedarf es auch

---

[1]) Dasselbe würde sich übrigens schon aus § 1736 in Verbindung mit §§ 1601 und 1602 Abs. 2 ergeben.

[2]) Vgl. unten § 14.

[3]) RG. v. 6. Februar 1875 § 26.

nie einer durch Klage zu erwirkenden gerichtlichen Anordnung der Eintragung.

IV. Die beiden Arten der Legitimation stehen in einem gewissen Concurrenzverhältnisse zu einander. Zwar ist, wenn eine Legitimation d. n. E. erfolgt ist, eine Ehelichkeitserklärung undenkbar, aber nachdem letztere gewährt worden ist, könnte der Vater sich noch mit der Mutter des Kindes verheirathen. Alsdann knüpfen sich an diese Eheschließung auch rechtliche Folgen, da diejenigen der Ehelichkeitserklärung nicht so weit reichen wie die der Legitimation d. n. E.; es treten eben noch die weiterreichenden der letzteren ein [1]).

§ 5.

3. Annahme an Kindesstatt.

Wenn auch dem älteren deutschen Rechte die Annahme an Kindesstatt nicht unbekannt war, so spielte sie doch keine bedeutende Rolle, weil sie das Erbrecht der nächsten Verwandten beeinträchtigte. Ist sie doch für die Erbfolge in Stammgütern und auf dem Gebiete des Familienrechtes des hohen Adels noch heute ohne Wirkung [2]).

Eine um so größere Bedeutung scheint sie von jeher bei den Römern gehabt zu haben. Leist [3]) weist darauf hin, daß der größte Wunsch des Ariers im höchsten Alterthum der Fortbestand seines Geschlechtes, insbesondere das Hinterlassen von Söhnen ist, damit ihm diese in der sanctionirten Weise die letzte Ehre geben und für sein Gedächtniß sorgen, und es hat viel für sich, wenn er die Adoption auf dieses Bestreben nach Fortsetzung des Hauses zurückführt. In der geschichtlichen Zeit hatte allerdings wohl die politische Seite, die Erhaltung der patricischen Geschlechter, größere Wichtigkeit. Damit würde es auf's Beste stimmen, daß die älteste Art der Kindesannahme, die Arrogation, noch später nur ausnahmsweise beim Vorhandensein eigener Kinder zugelassen wurde [4]), und daß man nicht mehr als ein Kind arrogiren durfte, während bei der jüngeren

---

[1]) Vgl. Haidlen III S. 582.

[2]) Vgl. im Allgemeinen Schroeder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. S. 66, 67, 319, 731; Stobbe IV § 258 unter I, sowie wegen des zuletzt erwähnten Punktes I § 44.

[3]) Graeco-italische Rechtsgeschichte S. 19, 40, 52, 163.

[4]) fr. 15 § 3, fr. 17 § 3 D. 1, 7.

Adoption i. e. S. diese Beschränkung nicht galt[1]), also die von Ulpian zu ihrer Rechtfertigung vorgebrachten Gründe[2]) gewiß nicht der älteren Auffassung entsprechen. Demselben Gedankenkreise ist wohl die Bestimmung entsprungen, daß der Arrogirende mindestens 60 Jahre alt sein müsse[3]), mag sie auch in dieser Form erst einer späteren Zeit angehören. Da aber bei den Römern die Abkömmlinge des Hausvaters lebenslänglich seiner Gewalt unterworfen blieben, so konnte auch das künstliche Kindesverhältniß nicht anders hergestellt werden, als indem der Angenommene in die Gewalt seines Adoptivvaters trat. Und da weiter der nach jus civile allein in Betracht kommende Kreis der Verwandten nur die Agnaten umfaßte, der Begriff der römischen Agnation aber an die patria potestas anknüpfte, so war es durchaus folgerichtig, daß der Adoptirte auch zu den Agnaten seines nunmehrigen Hausvaters in ein Agnationsverhältniß mit gegenseitigem Erbrechte trat, wie umgekehrt die Emancipation nicht, gleich der deutschen Absonderung vom väterlichen Haushalte, bloße Entlassung aus der Hausgenossenschaft war, sondern zugleich die Verwandtschaft sammt dem Erbrechte aufhob und die Adoption entsprechende Folgen für das Kind im Verhältniß zu seiner leiblichen Familie nach sich zog. Bei dieser Gestaltung mußte die Annahme an Kindesstatt den Frauen verschlossen bleiben; erst in der Kaiserzeit, als die alte agnatische Verwandtschaft an Wichtigkeit schon erheblich eingebüßt und die Adoption ihren Zusammenhang mit den ursprünglichen religiösen und politischen Anschauungen verloren hatte, wurde es ihnen gestattet, ein Kind zu adoptiren, aber auch nur „in solacium amissorum filiorum“[4]). Damit kam ein ganz anderer Beweggrund als der dem Rechtsinstitute früher zu Grunde liegende, nämlich der allgemein menschliche Wunsch der Bethätigung von Liebe und Sorge für einen Anderen im Familienkreise, zur rechtlichen Anerkennung, wie er gewiß schon längst im praktischen Leben maßgebend gewesen war. Diese neue Art der Annahme an Kindesstatt konnte selbstverständlich kein Gewaltverhältniß, sondern nur ein Kindesverhältniß begründen und ließ die Verwandten der Adoptivmutter unberührt. Endlich

[1]) § 7 J. 1, 11.

[2]) fr. 17 § 3 cit.: ne aut illorum, quos iustis nuptiis procreaverit, deminutur spes ... aut qui adoptatus fuit minus percipiat.

[3]) fr. 15 § 2 D. 1, 7.

[4]) c. 5 Cod. 8, 47.

entkleidete ein Gesetz Justinian's die Adoption i. e. S. für die Mehrzahl der Anwendungsfälle ihrer bisherigen Wirkungen[1]). Der Anlaß zur Einführung der adoptio minus plena lag allerdings nicht in einer neuen Auffassung von dem Wesen der Kindesannahme, sondern in einer durch die geschichtliche Entwickelung des römischen Erbrechts hervorgerufenen Controverse. Aber die Folge war doch eine weitere Durchbrechung des alten agnatischen Princips der Adoption. Bei der adoptio m. pl. trat das Kind nicht in die Gewalt des Annehmenden und nicht in Beziehung zu seinen Agnaten als solchen, und es behielt, ebenso wie bei der Annahme durch eine Frau, seine bisherige Stellung und namentlich sein Erbrecht in der natürlichen Familie.

Diese nicht mehr auf einheitlichen Gesichtspunkten beruhenden Bestimmungen fanden bei der Reception des römischen Rechts Eingang in Deutschland, offenbar gefördert durch die verwandten Bildungen der einheimischen Gesetze. Es ist aber begreiflich, daß die Aneignung sich nur äußerlich vollzog, da die mit der römischen patria potestas und dem in Rom schon fast ganz aufgegebenen Anschlusse an die agnatische Gestaltung der Familie zusammenhängenden Grundsätze auf fremdem Boden keine Wurzel schlagen konnten. Hielt auch das gemeine Recht überwiegend[2]) an ihnen fest, so lag es für die neueren Gesetzgebungen[3]), die freiere Hand hatten, nahe, das veraltete Beiwerk zu beseitigen. So wurden denn Männer und Frauen bei der Annahme an Kindesstatt einander gleichgestellt; durch sie wurde stets ein Kindesverhältniß, ähnlich, wie es bei der leiblichen Abstammung besteht, begründet, unter Ausschluß der Entstehung von Rechtsbeziehungen zwischen dem Kinde und den Angehörigen des Annehmenden. Die Stellung des Angenommenen in der eigenen Familie wurde nur insoweit beeinflußt, als es nach dem Zwecke des Instituts nothwendig war. Mehrfach wurden auch die zu Gunsten des Annehmenden eintretenden Wirkungen eingeschränkt[4]). An diese Richtung der Gesetzgebung hat sich auch das BGB. angeschlossen, doch ist es in der zuletzt angeführten Beziehung dem

[1]) c. 10 Cod. 8, 48.

[2]) Vgl. aber auch Stölzel, Das Recht d. vät. Gewalt in Preußen S. 13—14; Reichsgericht 37 S. 166 und 196.

[3]) Uebersicht bei Roth, System des deutschen Privatrechts II § 155.

[4]) Roth a. a. O. unter III.

gemeinen Rechte gefolgt, wie es auch mehrere Einzelheiten desselben hat übernehmen zu sollen geglaubt. Hiernach dient die Annahme an Kindesstatt namentlich kinderlosen Eheleuten dazu, diesen Mangel zu ersetzen und so einerseits mittellosen Kindern eine große Wohlthat zu erweisen, andererseits aber ein tiefempfundenes geistiges Bedürfniß der Adoptiveltern zu befriedigen. Aus diesen Gesichtspunkten vor Allem erklären sich ihre heutigen Voraussetzungen und Wirkungen.

I. Die Annahme an Kindesstatt erfolgt (1) stets durch einen Vertrag[1]) zwischen dem Annehmenden und dem Anzunehmenden, zu dem jedoch eine gerichtliche Bestätigung[2]) hinzukommen muß (§ 1741). Außerdem ist sie nur (2) unter gewissen Voraussetzungen zulässig, und selbst, wenn diese vorliegen, sind (3) bestimmte gesetzliche Hinderungsgründe zu beachten.

1. Vertragstheilnehmer sind ausschließlich der Annehmende und das Kind; daher kommen auch hier wieder ihre Geschäftsunfähigkeit und beschränkte Geschäftsfähigkeit in Betracht. Auf Seiten des Annehmenden schließt erstere die Möglichkeit einer Adoption völlig aus; Vertretung ist nicht gestattet (§ 1750 Abs. 1). Ist dagegen das Kind geschäftsunfähig, so gilt das Gleiche nur für den Fall der Geisteskrankheit, wenn es zugleich bereits das 14. Lebensjahr zurückgelegt hat. Für ein jüngeres Kind kann sein gesetzlicher Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes den Vertrag abschließen. Steht es noch unter der elterlichen Gewalt seines Vaters oder seiner Mutter, so treten diese also in seinem Namen auf, bedürfen aber ebenso wie ein Vormund der erwähnten Genehmigung. Im Uebrigen ist bei beschränkter Geschäftsfähigkeit für den Annehmenden und für das Kind Zustimmung des gesetzlichen Vertreters

[1]) Ein dem Vertrage vorausgehendes Adoptionsversprechen ist nicht klagbar, weil ein Zwang zur Eingehung von Familienverhältnissen contra bonos mores sein würde, vgl. Buchka und Budde, Entscheid. des OAG. zu Rostock II S. 237, Seuffert XV Nr. 134.

[2]) Dem älteren deutschen Rechte war dies Erforderniß fremd, vgl. Schroeder a. a. O., Stobbe a. a. O. Daher fand auch keine Einmischung der Obrigkeit in den Annahmevertrag statt. Der gegentheilige Standpunkt des römischen Rechtes war durch seinen Ausgangspunkt bedingt. Dies hat das neueste Recht festgehalten, aber nicht, um (wie späterhin bei den Römern) auf diesem Wege die Wahrung der Interessen des Kindes zu ermöglichen, sondern nur als Ordnungsvorschrift, um ungültige Annahmeverträge möglichst zu vermeiden. Ohne das römische Vorbild wäre man wohl auf diese Bestimmung gar nicht gekommen.

und Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes erforderlich (§ 1751), die beide auch nachträglich ertheilt werden können (vergl. BGB. § 184).

Der Vertrag muß bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Theile vor Gericht oder vor einem Notar geschlossen werden (§ 1750 Abs. 2). Die Hinzufügung einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung ist unzulässig (§ 1742). Außerdem bedarf der Vertrag der gerichtlichen Bestätigung (§ 1741). Zuständig zu ihrer Ertheilung ist regelmäßig das Amtsgericht, in dessen Bezirk der Annehmende seinen Wohnsitz oder in dessen Ermangelung seinen Aufenthalt hat. Fehlt es an beiden in Deutschland, so ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirk er seinen letzten inländischen Wohnsitz hatte; äußersten Falles wird es von der Landesjustizverwaltung des Bundesstaates, dem Jener angehört, ev. von dem Reichskanzler bestimmt[1]). Die Behörde hat nicht die Zweckmäßigkeit der Annahme an Kindesstatt zu prüfen (dies gehört vielmehr in den oben angegebenen Fällen zu den Obliegenheiten des Vormundschaftsgerichtes und bleibt im Uebrigen ausschließlich den Parteien überlassen), ihre Zulassung ist keine Gnadensache, wie die Ehelichkeitserklärung, sondern es soll nur festgestellt werden, ob die gesetzlichen Bedingungen vorliegen (§ 1754 Abs. 2). Ist hiernach auch der Vertrag die eigentliche Ursache des zu Stande kommenden Rechtsverhältnisses, so wird doch die Bestätigung vom Gesetz nicht als bloß confirmatorische Thatsache in dem Sinne behandelt, daß nach ihrem Eintritte das Bestehen des Rechtsverhältnisses auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurückdatirt würde. Die Annahme an Kindesstatt tritt vielmehr erst mit der Bekanntmachung der Bestätigung an den Annehmenden oder nach seinem Tode an das Kind in Kraft[2]). Die Betheiligten sind aber schon von dem Abschlusse ihrer Vereinbarung an gebunden und dürfen nicht mehr von ihr zurücktreten, wenn sie auch selbstverständlich durch die endgültige Versagung der Bestätigung[3]) frei werden.

2. Der Vertrag ist nur unter folgenden Bedingungen zulässig.

a) Der Annehmende darf keine ehelichen Abkömmlinge haben[4]).

---

[1]) Freiw. Gerichtsb. § 65.

[2]) Ebenda § 67.

[3]) Ueber Rechtsmittel gegen die Entscheidung vgl. ebenda § 68.

[4]) So auch schon das ältere deutsche Recht, vgl. Schroeder a. a. O. S. 67. Ob das Verbot nach römischem Rechte für die Adoption i. e. S. bestand, ist bestritten, vgl. Windscheid II § 523, Stobbe IV § 258 unter II 3.

Da Legitimirte die Stellung ehelicher Kinder haben, so machen auch sie die Annahme an Kindesstatt unmöglich. Dasselbe müßte folgerecht auch gelten, wenn der Annehmende bereits ein Kind adoptirt hat, doch bestimmt § 1743 das Gegentheil[1]). Entscheidend ist allein der Zeitpunkt des Vertragsschlusses, und die Annahme wird nicht etwa hinfällig, wenn dem Annehmenden hinterher ein Kind geboren wird, mag dieses auch noch vor der Bestätigung zur Welt kommen. Selbst daß Jener schon Aussicht auf eheliche Nachkommenschaft hat, steht dem Abschlusse des Vertrages nicht entgegen, da das BGB. den Satz „nasciturus pro jam nato habetur" nur in beschränktem Maße anerkennt[2]). Ist andererseits ein für todt erklärtes Kind in Wirklichkeit noch am Leben, so ist die Adoption ungültig, und zwar selbst dann, wenn gleichzeitig mit der Nachricht, daß die Todeserklärung auf unrichtiger thatsächlicher Grundlage ergangen war, die Gewißheit erlangt wird, daß der Verschollene inzwischen gestorben ist. Den Betheiligten bleibt in diesem Falle nichts Anderes übrig, als das ganze Geschäft zu wiederholen. Das Vorhandensein von Stiefkindern hindert dagegen die Adoption nicht[3]).

b) Der Annehmende muß das 50. Lebensjahr vollendet haben und mindestens 18 Jahre älter sein als der Anzunehmende[4]). Von diesen beiden Erfordernissen kann aber Befreiung bewilligt werden, von dem ersteren jedoch nur, wenn der Annehmende volljährig ist (§§ 1744, 1745 Abs. 1). Die Zuständigkeit hierzu fällt nicht zusammen mit der Berechtigung zur Bestätigung. Sie steht nämlich nach § 1745 Abs. 2 dem Bundesstaate zu, dem der Annehmende angehört; also nicht der Wohnsitz, sondern die Staatsangehörigkeit entscheidet. An welche Behörde dieses Staates der Antragsteller sich zu wenden hat, bestimmt die Landesregierung. Für Deutsche, die keinem Bundesstaate angehören, steht die Bewilligung dem Reichskanzler zu.

---

[1]) Anders das gemeine Recht: fr. 15 § 3 D. 1, 7.

[2]) Planck, Erl. 3 zu § 1.

[3]) Die Motive (Haiblen III S. 609) und ihnen folgend Fränkel S. 189 nehmen an, daß eine Frau, die uneheliche Kinder hat, adoptiren könne. Der Vorschrift des § 1705 gegenüber ist dies nicht unbedenklich. Daß § 1741 von ehelichen Abkömmlingen spricht, ist nicht entscheidend, da der Ausdruck zweifellos in einem weiteren Sinne verstanden werden soll.

[4]) Vgl. § 14 J. 1, 11. Das römische Recht forderte bei der Arrogation 60 Jahre. Für Frauen ist auch die vom BGB. festgestellte Grenze noch zu hoch.

c) Das Kind bedarf bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres der Einwilligung seiner Eltern, ohne Rücksicht darauf, ob ihnen die elterliche Gewalt zusteht oder nicht, also auch, wenn es für volljährig erklärt ist. Bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen den Eltern genügt die Zustimmung des Vaters allein nicht, da § 1634 nur den Antheil der Eltern an der ihnen zustehenden Gewalt regelt, diese hier aber eben gar nicht in Frage kommt. Bei unehelichen Kindern ist die Einwilligung ihrer Mutter erforderlich, und dies ändert sich aus dem angeführten Grunde auch nicht durch eine Ehelichkeitserklärung des Kindes [1]). Eine ihre Einwilligung ersetzende Entscheidung des Vormundschaftsgerichtes (wie bei der Legitimation) ist nicht zulässig. Die Einwilligungserklärungen sind entweder dem Annehmenden oder dem Kinde (oder seinem Vertreter) oder dem zuständigen Gerichte gegenüber abzugeben und gerichtlich oder notariell zu beurkunden (§ 1748). Sie gelten sofort als unwiderruflich. Stellvertretung bleibt ausgeschlossen; ist aber der Berechtigte in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so ist die Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters nicht nothwendig.

d) Ist einer der beiden Vertragstheilnehmer verheirathet, so darf der Annahmevertrag nur mit Zustimmung seines Ehegatten abgeschlossen werden. Ueber die Form der Erklärung, ihre Unwiderruflichkeit, die Unzulässigkeit einer Vertretung und den Einfluß beschränkter Geschäftsfähigkeit gilt dasselbe wie unter c) (§§ 1746 Abs. 1, 1748).

e) Die Nothwendigkeit der Zustimmung der unter c) und d) genannten Personen fällt in Bezug auf denjenigen Berechtigten hinweg, der zur Abgabe einer Erklärung dauernd außer Stande ist, oder dessen Aufenthalt dauernd unbekannt ist (§§ 1746 Abs. 2, 1747). Wird ein solcher Ausnahmefall mit Unrecht angenommen, so ist dies auf die Wirksamkeit der Annahme an Kindesstatt ohne Einfluß (§ 1756) [2]). Daraus ergibt sich mittels eines argum. a contrario, daß der Mangel eines anderen gesetzlichen Erfordernisses die Kindesannahme nichtig macht. Auch die fehlende Einwilligung der Frau des Annehmenden und der Eltern des Kindes hat diese Folge und läßt nicht etwa nur, wie nach preuß. A.L.R. II 2 § 676 (vgl.

[1]) Vgl. Haidlen III S. 615.

[2]) Vgl. die ganz ähnlichen Bestimmungen oben § 4 unter I 5.

auch § 673) das Erbrecht der Ersteren gegen den Mann unverändert [1]).

f) Sowohl der Annahmevertrag wie die Einwilligungserklärungen unterliegen als Rechtsgeschäfte der Anfechtung nach den allgemeinen Grundsätzen. Dabei (sowie bei ihrer Bestätigung) finden wieder in Bezug auf die Unzulässigkeit der Vertretung, den Einfluß beschränkter Geschäftsfähigkeit und (für die Vertragstheilnehmer selbst) der Geschäftsunfähigkeit die gleichen Vorschriften wie für die anfechtbare Rechtshandlung Anwendung (§ 1755). Einen Anlaß zur Anfechtung kann insbesondere die arglistige Herbeiführung eines Irrthums eines Vertragstheilnehmers über das Vorliegen des unter e) erwähnten Ausnahmefalles bilden, nur muß dieser Irrthum für den Getäuschten wirklich bestimmend gewesen sein. Für die sonstigen Einwilligungsberechtigten würde an sich dasselbe gelten, doch ist hier der Nachweis des ursächlichen Zusammenhanges ganz besonders schwierig.

3. Hinderungsgründe [2]). a) Will ein Vormund ein Mündel oder ein zur Vermögensverwaltung bestellter Pfleger einen Pflegling an Kindesstatt annehmen, so soll das Vormundschaftsgericht seine nach 1. erforderliche Genehmigung nicht eher ertheilen, als bis der

[1]) Uebereinstimmend Fraenkel S. 192 Anm. 4.

[2]) Das römische Verbot der Adoption von Concubinenkindern (Nov. 74 c. 3, Nov. 89 c. 7, 11 § 2) wurde von der älteren gemeinrechtlichen Praxis auf alle unehelichen Kinder angewendet, weil für diese die Legitimation das gesetzliche Mittel zum Zweck sein solle, vgl. Sintenis, Das prakt. gem. Civilrecht III § 139 bei Anm. 18, Windscheid II § 523 Anm. 11. Die neuere Rechtsprechung und Wissenschaft dagegen stellte sich theilweise auf einen anderen Standpunkt und gestattete namentlich dem unehelichen Vater, sein Kind zu adoptiren, vgl. Dernburg III § 30 Anm. 15, Stobbe IV § 258 unter II, 2. Dieser Auffassung hat sich das BGB. angeschlossen. Da das Geschlecht der Annehmenden einflußlos ist, so steht sogar grundsätzlich nichts entgegen, daß eine Frau ihr eigenes uneheliches Kind an Kindesstatt annimmt (vgl. Haidlen III S. 591 oben, 618), was dann von großer Bedeutung wird, wenn ihr Verwandtschaftsverhältniß zu dem Kinde bisher nicht bekannt war und auch jetzt nicht bekannt werden soll. Wünschenswerth ist es freilich nicht, daß von diesem Verfahren häufiger Gebrauch gemacht wird, da das Kind gar keinen rechtlichen Vortheil davon hat, vielmehr unter die elterliche Gewalt der Mutter kommt. Es darf daher erwartet werden, daß die Vormundschaftsbehörden, deren Einwilligung meistens erforderlich sein wird, nur unter genauer Prüfung der Sachlage eine derartige Annahme an Kindesstatt zulassen.

Vormund oder Pfleger aus seinem Amte entlassen ist[1]) und über seine Verwaltung Rechnung gelegt, auch das Vorhandensein des Mündelvermögens nachgewiesen hat (§ 1752). Da es sich aber nur um eine instructionelle Vorschrift handelt („soll"), so macht eine Zuwiderhandlung die Annahme nicht ungültig.

b) Die Bestätigung des Annahmevertrages kann nicht nach dem Tode des Kindes erfolgen (§ 1753). Stirbt es vorher, so wird demnach der Annahmevertrag ungültig, obwohl er, wie wir gesehen haben, von vornherein bindend ist. Dagegen übt der Tod des Annehmenden nicht diese Wirkung. Die Bestätigung ist trotz desselben, ähnlich wie bei der Ehelichkeitserklärung, noch zulässig und gültig, wenn der Antrag auf Bestätigung schon vorher bei dem zuständigen Gerichte eingereicht oder bei oder nach der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung des Vertrages das Gericht oder der Notar mit der Einreichung betraut ist. Da Das, was bestätigt werden soll, ein Vertrag ist, so kann der Antrag oder Auftrag ebenso gut von dem Kinde wie von dem Annehmenden ausgehen. — Nach dem Vertragsschlusse eintretende Geschäftsunfähigkeit des Kindes oder des Annehmenden bleibt einflußlos.

4. Ueber die Eintragung des Vorganges in das Standesamtsregister gelten dieselben Vorschriften wie bei der Ehelichkeitserklärung (vergl. oben § 4 unter III).

II. Die endgültig zu Stande gekommene Annahme an Kindesstatt hat die Wirkung, daß der Angenommene die Stellung eines ehelichen Kindes des Annehmenden erhält (§ 1757 Nr. 1), jedoch mit einigen Beschränkungen. Das Gesetz hebt folgende Punkte besonders hervor.

1. Das Kind erhält den Familiennamen des Annehmenden (§ 1758)[2]). Adoptirt eine verheirathete Frau ein Kind, so ist der Familienname, den sie vor ihrer Verehelichung geführt hat, maßgebend, und wenn eine Ehefrau adoptirt wird, so tritt die Aenderung

[1]) Fischer-Henle, Anm. 3 zu § 1752 meinen mit Rücksicht auf § 1889, daß die Entlassung nur aus einem wichtigen Grunde erfolgen dürfe. Meines Erachtens muß die beabsichtigte Annahme stets als wichtiger Grund anerkannt werden.

[2]) Ob auch der Adel des Adoptivvaters auf das Kind übergeht, entscheidet sich nach Landesrecht. Wollen die Parteien, daß der Annahmevertrag nur dann gelten soll, wenn das Kind den Adel erlangt, so muß dies aus dem Vertrage deutlich erhellen. Nach

naturgemäß in Bezug auf ihren Mädchennamen ein. Das Kind darf aber dem neuen Namen seinen früheren hinzufügen[1]), sofern nicht in dem Annahmevertrage das Gegentheil bestimmt ist[2]).

2. Der Annehmende erlangt, wenn das Kind noch minderjährig ist, die elterliche Gewalt[3]). Ausdrücklich ausgesprochen ist dies im Gesetze nicht, ergiebt sich aber nicht nur aus dem an die Spitze gestellten Grundsatze des § 1757, sondern wird mittelbar bestätigt durch die Vorschrift des § 1765, daß die leiblichen Eltern ihre Gewalt verlieren, und auch durch den Wortlaut des § 1760 vorausgesetzt. Die Motive (bei Haidlen III, S. 626 und 631) folgern hieraus mit Recht, daß auch eine adoptirende Frau diese Gewalt erwerbe. Auf die entsprechende Anwendung einer einzelnen für die ehelichen Kinder geltenden Bestimmung läßt sich dies allerdings wohl kaum zurückführen. Aber aus dem Gesammtinhalt der letzteren läßt sich der Satz ableiten, daß beim Fehlen des Vaters die Mutter regelmäßig an seine Stelle treten soll, und hiervon nur dann eine Ausnahme gemacht wird, wenn der Vater sich eine schwere Verfehlung gegen das Kind hat zu Schulden kommen lassen und wegen der Fortdauer des ehelichen Verhältnisses der Eltern eine Wiederholung derartiger Handlungen zu befürchten ist (vgl. § 1684 Nr. 2), wovon hier ja keine Rede sein kann[3]).

Als ein Ausfluß der elterlichen Gewalt steht dem Annehmenden die Verwaltung und Nutznießung am Vermögen der Kinder zu. Er muß, da die Verhältnisse ähnlich liegen wie bei ehelichen Kindern nach dem Tode der Mutter (vgl. § 1640), insofern Niemand vorhanden ist, der ihn in dieser Beziehung zu beaufsichtigen befugt wäre, auf seine Kosten ein Verzeichniß über das seiner Verwaltung unterliegende Vermögen aufnehmen und dem Vormundschaftsgerichte

---

gemeinem Rechte tritt der Erwerb des Adels nicht ein, vgl. Reichsgericht 38 S. 202.

[1]) Der Name des Annehmenden ist voranzustellen: Fischer-Henle Anm. 4 zu § 1758, Fraenkel S. 193 Anm. 6.

[2]) Staatsangehörigkeit in dem Heimathsstaate des Annehmenden erwirbt das Kind nicht durch die Adoption für sich allein, RG. über den Erwerb und Verlust der Staatsangehörigkeit vom 1. Juni 1870 § 2.

[3]) Während im römischen Rechte das Kindesverhältniß durch Begründung der väterlichen Gewalt hergestellt wurde, schlägt das Gesetz jetzt den umgekehrten Weg ein und läßt die Gewalt aus dem Kindesverhältnisse entstehen. Deshalb wird sie auch nur in dem Umfange erlangt, wie es leiblichen Kindern gegenüber der Fall ist.

mit der Versicherung der Richtigkeit und Vollständigkeit einreichen. Erfüllt er die Verpflichtung in ungenügendem Maße, so sind dieselben Sicherungsmittel gestattet wie den leiblichen Eltern gegenüber, und das Vormundschaftsgericht kann ihm im Nothfalle die Vermögensverwaltung (nicht auch die Nutznießung) entziehen (§ 1760 in Verb. mit § 1670). Ebenso treffen den Annehmenden, wenn er eine Ehe eingehen will, während er die elterliche Gewalt über das angenommene Kind hat, dieselben Obliegenheiten, die der eheliche Vater im gleichen Falle hat (§ 1761, vergl. unten § 11 g. E.).

3. Dem Adoptivkinde und seinen Abkömmlingen, auf die sich die Wirkungen der Annahme erstrecken, steht ein gesetzliches Erb- und Pflichttheilsrecht gegen den Annehmenden zu[1]); dagegen hat dieser gegen jene keine Erbansprüche (§ 1759).

4. Der Annehmende und das Kind (nebst seinen unter 3. bezeichneten Abkömmlingen) sind sich gegenseitig im Falle eintretender Bedürftigkeit nach §§ 1601 ff. zur Gewährung des Unterhaltes verpflichtet.

5. Will das Kind vor Vollendung des 21. Lebensjahres eine Ehe eingehen, so bedarf es dazu der im BGB. § 1306 vorgeschriebenen Einwilligung des Annehmenden.

6. Der Annehmende darf mit dem Adoptivkinde oder dessen Abkömmlingen, auch wenn die Annahme sich nicht auf sie erstreckt[2]), keine Ehe eingehen, solange das durch die Annahme begründete Rechtsverhältniß besteht (BGB. § 1311). Die dennoch geschlossene Ehe ist freilich gültig, da dieser Fall nicht unter den gesetzlichen Nichtigkeits- oder Anfechtungsgründen aufgeführt wird (vergl. BGB.

[1]) Diese Wirkung bildet einen Hauptgrund für das Verbot der Annahme beim Vorhandensein ehelicher Kinder. Daneben kann zwar wohl das Bestreben gerechtfertigt sein, für ein bestimmtes anderes hülfsbedürftiges Kind, z. B. eine verwandte Waise, zu sorgen. Dann kommt aber nur das Interesse des Kindes in Frage, und für dieses muß es genügen, wenn es für die Zeit seiner Hülfsbedürftigkeit thatsächlich versorgt wird, ohne weitergehende Ansprüche, namentlich Erbansprüche, zu erhalten. Im Gegentheil könnte die Aussicht auf eine weitergehende rechtliche Gebundenheit oft von der Uebernahme der Verpflegung abschrecken.

[2]) Vgl. Haidlen III S. 26. Die unten VII, 2 zu erwähnende Vorschrift des § 1771 kann jedoch auf die Abkömmlinge keine Anwendung finden, auf die sich die Wirkungen der Annahme überhaupt nicht erstrecken. Insofern knüpfen sich an die Uebertretung des Verbotes gar keine Wirkungen.

§§ 1324—35, 1350), hebt aber das Adoptionsverhältniß für die Betheiligten auf (vergl. unten VII 2).

7. Aus dem Grundsatze des § 1757 würde an sich folgen, daß ein adoptirtes Kind mit Einwilligung des Annehmenden von einem Dritten sich annehmen lassen dürfte. Das BGB. hat dies jedoch durch § 1749 Abs. 2 ausgeschlossen. Wünschen die Betheiligten eine derartige Annahme an Kindesstatt herbeizuführen, so muß zunächst das bisher bestehende Rechtsverhältniß aufgelöst werden. Nur wenn ein Kind von einem Ehegatten angenommen war, darf es, und zwar unter Fortdauer der ersten Adoption, auch noch von dem anderen angenommen werden.

8. Der Annehmende und der Angenommene (nebst seinen unter 3. bezeichneten Abkömmlingen) sind in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und im Strafverfahren, soweit der Andere betheiligt ist, von der Zeugnißpflicht befreit (vergl. CPrO. § 383 N. 3, StPrO. § 51 N. 3).

III. Ein rechtliches Verwandtschaftsverhältniß mit den angegebenen Folgen wird aber nach dem BGB. nur zwischen dem Annehmenden einerseits und dem Angenommenen und seinen *nach* dem Vertragsschlusse geborenen Abkömmlingen andererseits begründet. Die Verwandten des Ersteren werden durch die Annahme nicht berührt, insbesondere auch seine leiblichen Kinder nicht, falls ihm solche hinterher geboren werden. Folglich entsteht auch bei der Annahme mehrerer Kinder unter diesen nicht das Verhältniß von Halbgeschwistern[1]). Ebensowenig tritt sein Ehegatte in ein Schwägerschaftsverhältniß zu dem Kinde oder der Ehegatte des Kindes in ein solches zu dem Annehmenden (§§ 1762, 1763). Auf die zur Zeit des Vertragsschlusses schon vorhandenen Abkömmlinge der Angenommenen erstrecken sich die Wirkungen der Annahme nur, wenn der Vertrag auch mit ihnen geschlossen wird. Begrifflich liegen dann mehrere Annahmeverträge vor, woraus sich ergiebt, daß in Bezug auf die Zulässigkeit einer Vertretung dieser Theilnehmer an dem Rechtsgeschäfte die besonderen Vorschriften der §§ 1750, 1751 (oben I 1) maßgebend sind, wobei rücksichtlich der Geschäftsunfähigkeit die Abkömmlinge dem Kinde gleichgestellt werden müssen. Geisteskranke, die bereits das 14. Lebensjahr vollendet haben, können also überhaupt nicht in das Adoptionsverhältniß mit hineingezogen

[1]) Reichsgericht 37 S. 192.

werden. Für die äußerliche Betrachtung liegt aber nur eine Vereinbarung vor, da „der" Vertrag „auch" mit den Abkömmlingen geschlossen wird (§ 1762). Und auch ein innerer untrennbarer Zusammenhang muß regelmäßig angenommen werden, so daß, wenn die Annahme hinsichtlich des Adoptivkindes nichtig oder anfechtbar ist, derselbe Erfolg auch für die anderen Theilnehmer eintritt, während bei ihrer Ungültigkeit für die Abkömmlinge ganz wohl die im BBG. § 139 vorgesehene Ausnahme (daß vermuthlich das Geschäft auch ohne den nichtigen Theil vorgenommen sein würde) vorkommen kann. Mittelbare Wirkungen, wie sie bei der Ehelichkeitserklärung angeführt sind (oben § 4 unter II), treten für die von der Annahme an Kindesstatt nicht unmittelbar Betroffenen selbstverständlich ein.

IV. Ein Kind kann nicht von Mehreren zugleich angenommen werden, weil ihre Rechte mit einander in Widerspruch stehen würden und selbst, wenn diese Folge durch Vereinbarungen ausgeschlossen würde, für die Zulassung eines derartigen Rechtsgeschäftes kein beachtenswerthes Bedürfniß besteht. Noch weniger ist dies seitens beliebiger Personen mit der Wirkung möglich, daß das Kind als ihr gemeinschaftliches gelten solle. Denn bis zu einem gewissen Grade verlangt das Gesetz einen Anschluß an die Verhältnisse der natürlichen Abstammung und fordert, daß der Annehmende mindestens 18 Jahre älter ist, als das Kind[1]). Aus demselben Gesichtspunkte macht es dann aber für Ehegatten eine Ausnahme von der Regel, und zwar in der doppelten Weise, daß das angenommene Kind die rechtliche Stellung eines gemeinschaftlichen ehelichen Kindes derselben erhält, wenn es von ihnen gleichzeitig oder nach einander adoptirt wird, als auch wenn ein Ehegatte das leibliche Kind des anderen annimmt (§§ 1749, 1757 Abs. 2). Diese Bestimmung darf nicht dahin verstanden werden, als ob der Angenommene in jeder Beziehung einem ehelichen Abkömmlinge gleichgestellt würde[2]); zu einer derartigen Erweiterung der Wirkungen der Adoption hätte kein Grund

[1]) Noch weiter ging das römische Recht, indem es Castraten die Adoption untersagte: § 9 J. 1, 11.

[2]) A. A. anscheinend Bunsen, Einführung in das BGB. 3 S. 161. Im Entw. I § 1621 trat die Richtigkeit der im Text aufgestellten Ansicht deutlich dadurch hervor, daß auf §§ 1601 und 1620 verwiesen wurde. Dieser Hinweis ist allerdings später fortgelassen, aber offenbar nur aus redactionellen Gründen, ohne daß man eine materielle Aenderung beabsichtigte.

für den Gesetzgeber vorgelegen. Vielmehr sollten auf diese Weise nur die eigenthümlichen Schwierigkeiten umgangen werden, die sonst in Folge der begrifflich vorhandenen zwiefachen Kindesannahme eintreten würden[1]). Und zu demselben Zwecke sind noch einige weitere ergänzende Vorschriften aufgestellt. So müßte das Kind nach den allgemeinen Grundsätzen sowohl den Namen des Mannes wie der Frau erhalten, beide hätten Anspruch auf die elterliche Gewalt u. s. w. Dagegen legt ihm § 1758 ausschließlich den Familiennamen des Mannes bei. Die elterliche Gewalt steht allein dem Adoptivvater zu, neben dem die Adoptivmutter nur ein persönliches Fürsorgerecht nach § 1634 hat, während sie auf die Gewalt in weiterem Umfange nur nach §§ 1684, 1685 Anspruch erhält. Die Verpflichtung zur Gewährung des Unterhaltes bei Bedürftigkeit des Kindes trifft in Gemäßheit des § 1606 Abs. 2 den Vater vor der Mutter. Im Falle einer Scheidung der Adoptiveltern bestimmt sich das Recht zur Erziehung des Kindes nach § 1635. Ist das Kind als gemeinschaftliches angenommen, so finden auf den Vertrag die unter III. dargelegten Erwägungen Anwendung, die Ungültigkeit der einen An-

[1]) Haidlen III S. 627. Als zweifelhaft könnte vielleicht die oben unter II, 2 erwähnte Verpflichtung zur Aufnahme eines Vermögensverzeichnisses in diesen Fällen angesehen werden. Denn sie lehnt sich an die Vorschrift des § 1640 an, die den Vater bei dem Tode der Mutter zu der gleichen Maßregel verpflichtet. Das Gesetz geht davon aus, daß, so lange diese lebt, sie auch die Vermögensinteressen der Kinder wahren werde. Wenn nun ein gemeinschaftlich angenommenes Kind zu beiden Ehegatten in die Stellung eines ehelichen Kindes kommt, so könnte man meinen, daß nunmehr derselbe Grundsatz Platz greifen müsse. Allein § 1760 erklärt nicht einfach den § 1640 für entsprechend anwendbar, sondern stellt sich als eine selbständige Bestimmung dar. Auch die Reihenfolge der Paragraphen deutet darauf hin, daß § 1760 im Falle des § 1757 Abs. 2 gleichfalls maßgebend sein soll. Hätte der Gesetzgeber dies nicht gewollt, so dürfte man erwarten, daß er seiner Absicht auch Ausdruck gegeben hätte. Ueberdies läßt sich nicht annehmen, daß eine Adoptivmutter in ebenso energischer Weise für das Kind eintreten wird wie die leibliche Mutter. Das Vermögen des Angenommenen ist also in viel höherem Maße gefährdet als das eines leiblichen Kindes. Anders liegt die Sache allerdings, wenn der Mann das Kind seiner Frau annimmt, aber immerhin fehlt auch hier die erforderliche Ausnahmevorschrift. Nimmt die Frau das Kind des Mannes an und erlangt die elterliche Gewalt und damit die Vermögensverwaltung, so ist selbst nach dem dem § 1640 zu Grunde liegenden Gedanken die Sicherungsmaßregel geboten. Vorher aber kann auf sie § 1760 seinem Wortlaute nach keine Anwendung finden.

nahme an Kindesstatt zieht die Ungültigkeit der anderen nach sich, während allerdings in dem Falle, daß ein Ehegatte das Kind des anderen annimmt, der leibliche Vater oder die leibliche Mutter nicht Vertragstheilnehmer, sondern nur einwilligungsberechtigt (nach § 1747) ist. Weitere Folgerungen aus der Auffassung des BGB. werden wir im Verlaufe der Darstellung kennen lernen. Im Uebrigen verändern sich die Wirkungen der Adoption nicht, namentlich erstrecken sie sich auch hier nicht ohne Weiteres auf die früher geborenen Abkömmlinge des Kindes, und ebenso wenig haben die Eltern ein Erbrecht an das Kind. Desgleichen müssen bei der gemeinschaftlichen Annahme die gewöhnlichen Voraussetzungen vorliegen, und sie ist z. B. nur zulässig, wenn keiner der Ehegatten oder der annehmende Ehegatte nicht eheliche Abkömmlinge hat.

V. Die Rechte und Pflichten zwischen dem Kinde und seinen leiblichen Verwandten bleiben im Allgemeinen unverändert, soweit nicht das durch die Annahme an Kindesstatt geschaffene Rechtsverhältniß Abweichungen nothwendig macht. Dahin gehört zunächst, daß die Pflicht zum Unterhalte des Angenommenen und seiner Abkömmlinge von nun an die leiblichen Verwandten erst hinter dem Annehmenden trifft (§ 1766). Für das Kind tritt die unangenehme Folge ein, daß es doppelt unterhaltspflichtig wird, dem Annehmenden und den leiblichen Verwandten aufsteigender Linie. Um ersteren nicht günstiger zu stellen als die letzteren, ordnet § 1766 Abs. 2 die Anwendbarkeit des § 1611 auf ihn an, d. h. wenn bei ihm einer der Gründe vorliegt, die das Kind berechtigen würden, seinen Eltern u. s. w. den Pflichttheil zu entziehen, so verliert er seinen Unterhaltsanspruch, obgleich er ein Erbrecht an das Kind gar nicht hat, also auch nicht verwirken kann.

Ferner verlieren die leiblichen Eltern die elterliche Gewalt über das Kind, die uneheliche Mutter die Sorge für seine Person (§ 1765 Abs. 1), und diese Rechte werden auch, da eine dahin gehende ausdrückliche Bestimmung im Gesetze fehlt, dadurch nicht wiederhergestellt, daß das Kindesverhältniß vertragsmäßig aufgehoben wird[1]). Endigt

[1]) Behalten die leiblichen Eltern die Befugniß zum persönlichen Verkehr mit dem Kinde? Während z. B. das Preuß. LR. § 101 II, 2 der unehelichen Mutter das Zutrittsrecht gewährt, enthält das BGB. keine Bestimmung in dieser Hinsicht. Da sich aber aus seinem § 1636 ergiebt, daß die Ehegatten, auch wenn sie die Sorge für die Person des Kindes verloren haben, dennoch jenes

dagegen die Gewalt des Annehmenden oder ruht sie wegen seiner Geschäftsunfähigkeit oder längerer thatsächlicher Verhinderung an ihrer Ausübung (vgl. unten § 14), und müssen zugleich die leiblichen Eltern dem Kinde Unterhalt gewähren, weil jener nicht dazu im Stande oder gestorben ist, so erhalten sie zwar nicht die Gewalt in ihrem vollen Umfange zurück, aber doch die Sorge für seine Person[1]). Ist er nur in der Geschäftsfähigkeit beschränkt oder erhält er in Folge körperlicher Gebrechen einen Pfleger für seine Person und sein Vermögen, so ergiebt sich aus § 1676 Abs. 2 vergl. mit § 1765 Abs. 2, daß dem Kinde ein Vormund bestellt werden muß, während die Sorge für seine Person dem Annehmenden neben diesem gesetzlichen Vertreter zusteht, ohne Rücksicht darauf, wer den Unterhalt des Kindes zu bestreiten hat. Ist ein Kind von Eheleuten gemeinschaftlich, oder das Kind eines Ehegatten von dem anderen angenommen, so geht in den gedachten Fällen die elterliche Gewalt unter entsprechender Anwendung von §§ 1684, 1685 zunächst auf die Frau über, und erst wenn sie gestorben wäre oder auch ihrerseits die Gewalt verloren hätte, würde die Gewährung des Unterhaltes durch die leiblichen Eltern die vorhin angegebene Folge nachsichziehen.

Wird aus irgend einem Grunde die Anordnung einer Vormundschaft über das noch minderjährige Kind nothwendig, so wird zunächst berufen, wer von dem Annehmenden als Vormund benannt war. Denn nach dem Grundsatze des § 1757 gilt er als Vater im

---

Recht behalten, so ist es als ein Ausfluß der Blutsverwandtschaft zwischen Eltern und Kind aufzufassen. Auch ergiebt sich aus dem Wortlaute der angezogenen Vorschrift, daß es weder von dem Besitze der elterlichen Gewalt noch der Sorge für die Person abhängt. Es wird also auch durch § 1765, der den Eltern diese beiden Rechte entzieht, nicht betroffen. Da sich im Uebrigen die Befugnisse und Pflichten, die sich aus dem natürlichen Verwandtschaftsverhältniß ergeben, nach § 1764 unverändert bleiben sollen, so muß man schließen, daß der persönliche Verkehr zwischen Eltern und Kind auch nach der Adoption keine gesetzlichen Einschränkungen erleidet.

[1]) § 1765 Abs. 2. Die Sorge für die Person des Kindes muß Demjenigen zufallen, der ihm den Unterhalt gewährt. Ist dies bei Unvermögen des Vaters die Mutter (was eintreten kann, wenn sie Vorbehaltsgut besitzt oder die Eltern in Gütertrennung leben), so hat sie aber auch auf diesen Theil der Gewalt Anspruch, ohne daß die Voraussetzungen der §§ 1684, 1685 vorliegen.

Sinne des BGB. § 1776; die leiblichen Eltern sind nach § 1777 zu solcher Ernennung nicht befugt, weil ihnen die elterliche Gewalt fehlt. Falls auch der Adoptivvater aus demselben Grunde keinen Vormund ernennen darf oder von seinem Rechte keinen Gebrauch gemacht hat, so schließt BGB. § 1776 Abs. 2 die leiblichen Großeltern, die nach Abs. 1 Nr. 3 und 4 berufen sein würden, der Regel nach aus. Das Vormundschaftsgericht hat alsdann nach § 1779 den Vormund auszuwählen, und kann als solchen auch den leiblichen Vater oder die eheliche Mutter bestellen, wie sich aus BGB. § 1845 ergiebt. Das Gleiche gilt bei den von der Annahme an Kindesstatt mitergriffenen Abkömmlingen des Adoptivkindes, doch ist nach dem Grundsatze des § 1757 der Annehmende gleichsam als Großvater zur Uebernahme der Vormundschaft über sie zunächst berufen. Ist das Kind eines Ehegatten von dem anderen Ehegatten angenommen, so treten in Ermangelung eines von Vater oder Mutter berufenen Vormundes die leiblichen Großeltern wieder in ihre Rechte. Der Vater des Annehmenden kann nie als Großvater zur Vormundschaft berufen sein, weil das Kind ja nach § 1763 zu ihm in kein Verwandtschaftsverhältniß getreten ist. Vernothwendigt sich eine Vormundschaft über den Angenommenen, nachdem er volljährig geworden ist, so wird nach BGB. § 1899 Abs. 1 zunächst der Annehmende berufen, und wenn er verstorben oder unfähig ist, muß der Vormund vom Gerichte ausgewählt werden, da der Großvater in Gemäßheit der §§ 1897, 1776 Abs. 2, die leiblichen Eltern aber durch die Vorschrift des § 1899 Abs. 2 ausgeschlossen sind. Eine Ausnahme tritt auch hier ein, wenn der Mündel von den Ehegatten seines Vaters oder seiner Mutter angenommen ist; hier wird der Mann und nach ihm die Frau als gesetzlicher Vormund berufen.

Auf den Nachlaß des Annehmenden haben das Adoptivkind und seine Abkömmlinge in Gemäßheit des BGB. § 1924 Anspruch neben dem überlebenden Ehegatten, der nach § 1931 ein Viertheil der Erbschaft erhält, und ausnahmsweise neben Abkömmlingen des Erblassers, die nach der Annahme an Kindesstatt geboren sind. Daneben behalten sie ihre Erbrechte gegenüber den leiblichen Eltern und sonstigen leiblichen Verwandten. Stirbt das Kind, ohne Nachkommenschaft zu hinterlassen, so wird es allein von seinen leiblichen Eltern oder Blutsverwandten beerbt, da der Annehmende, wie wir gesehen haben, keine gesetzlichen Erbrechte hat.

VI. Die Vorschriften des BGB. über die Annahme an Kindesstatt bilden zwingendes Recht und können in dem Annahmevertrage nicht geändert werden, jedoch mit drei Ausnahmen. Einmal nämlich darf bestimmt werden, daß das Kind dem Namen des Annehmenden seinen eigenen Familiennamen nicht hinzufügen solle (vgl. oben II 1). Ferner kann die Nutznießung des Annehmenden an dem Vermögen des Kindes, nicht aber sein Verwaltungsrecht oder gar die ganze elterliche Gewalt ausgeschlossen werden. Sie verbleibt dann nicht etwa den leiblichen Eltern, sondern hört vollständig auf[1]), weil sie ein Ausfluß der elterlichen Gewalt ist und diese für ihren bisherigen Inhaber durch die Annahme an Kindesstatt beendet wird. Endlich ist die Vereinbarung zulässig, daß das Kind kein Erbrecht an den Annehmenden haben solle, wodurch das Verhältniß einer bloßen Pflegekindschaft genähert wird. Doch unterscheidet es sich von ihr immer noch dadurch, daß beide Theile sich gegenseitig zur Gewährung von Unterhalt verpflichtet bleiben. Die Motive[2]) heben mit Recht als Folge des in § 1767 aufgestellten Rechtssatzes hervor, daß der Annehmende sich nicht in dem Annahmevertrage und als Theil desselben ein Erbrecht an dem Nachlasse des Kindes ausbedingen dürfe, halten dies aber für zulässig, wenn die besonderen Voraussetzungen des Erbeinsetzungsvertrages beobachtet sind. In dem weitaus gewöhnlichsten Falle, daß ein noch unerwachsenes Kind angenommen wird, ist diese Bedingung mit Rücksicht auf BGB. § 2275 unerfüllbar, wonach ein Erbvertrag nur von einem Erblasser geschlossen werden darf, der unbeschränkt geschäftsfähig ist, ganz abgesehen davon, daß meistens das Kind kein Vermögen hat. Dagegen ist es allerdings unbedenklich, daß es nach erreichter Volljährigkeit und, nachdem es Vermögen erworben hat, den Adoptiveltern seine Dankbarkeit dadurch bezeugt, daß es mit ihnen einen Erbvertrag eingeht. Zweifelhaft aber könnte erscheinen, ob nach dem Sinne des Gesetzes ein Erwachsener, der sich an Kindesstatt annehmen läßt, etwa um den Adel zu erlangen, gleichzeitig dem Annehmenden vertragsmäßig ein Erbrecht gewähren dürfe. Der Grund, auf dem der Ausschluß des Annehmenden von dem Nachlasse des Kindes beruht, nämlich zu verhindern, daß die Annahme an Kindesstatt als Deckmantel eigennütziger Zwecke und als Mittel zur Erlangung ver-

[1]) Bunsen a. a. O. S. 159. | [2]) Haidlen III S. 640.

mögensrechtlicher Vortheile mißbraucht werde, und eine größere Garantie dafür zu gewinnen, daß es nur sittliche, edle Motive sind, welche den Annehmenden leiten (vgl. Haidlen III S. 630), scheint auch hier zuzutreffen. Dennoch wird man sich für das Gegentheil entscheiden müssen, da von einem Mißbrauch der Adoption zur Erlangung eines Vermögensvortheils bei der Zustimmung des Kindes nicht wohl die Rede sein kann und auf die Motive des Annehmenden nur insofern Gewicht zu legen ist, als das Wohl des Kindes gefährdet erscheint; diese Befürchtung ist aber bei der vorausgesetzten Sachlage nicht begründet.

Auf das Verhältniß des Kindes zu den Verwandten des Adoptivvaters bezieht sich die Vorschrift des § 1767 nicht, da kein Grund ersichtlich ist, weshalb in dieser Richtung die Vertragsfreiheit eingeschränkt sein sollte. Es kann ihm also z. B. ein Erbrecht an dem Nachlasse der Frau oder der Eltern des Annehmenden gewährt werden, nur muß der hierin liegende Erbvertrag in der durch BGB. § 2274 ff. angeordneten Form abgeschlossen sein. Will das Kind diesen ein vertragsmäßiges Erbrecht gewähren, so ist allerdings zu untersuchen, ob nicht eine Umgehung des Gesetzes beabsichtigt ist. Zu besonderen Abmachungen mit den Verwandten des Kindes liegt kaum ein Anlaß vor. Werden solche getroffen, so sind sie gültig, soweit nicht wieder in ihnen eine Umgehung des Gesetzes enthalten ist oder gegen allgemeine Rechtsgrundsätze verstoßen wird. Würde z. B. der Annehmende sich von den leiblichen Eltern des Kindes eine Beihülfe zu den Erziehungskosten ausbedingen — man denke an Anerbietungen zur Annahme eines Kindes gegen einmalige Vergütung —, so erhält er dadurch gegen sie einen klagbaren Anspruch, kann sich aber auf diesen Vertrag dem Adoptirten gegenüber nicht berufen, um sich der ihm obliegenden Unterhaltspflicht zu entziehen. Ob das Versprechen, sich jeglichen persönlichen Verkehrs mit dem Kinde zu enthalten, bindend ist, hängt von der Beantwortung der Frage ab, wie eine derartige Vereinbarung im Allgemeinen zu beurtheilen ist (vgl. unten § 10 I 4).

VII. Das durch die Annahme an Kindesstatt begründete Rechtsverhältniß wird bei dem Eintreten gewisser Aufhebungsgründe beendet.

1. Es kann durch einen neuen Vertrag zwischen den beiden Betheiligten wieder aufgehoben werden. Nach dem Tode des An-

nehmenden ist also die Beseitigung der Wirkungen der stattgehabten Annahme an Kindesstatt unmöglich. Der Vertrag darf nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung geschlossen werden. Ueber den Einfluß der Geschäftsunfähigkeit oder der beschränkten Geschäftsfähigkeit des Einen oder des Anderen, sowie ihres Todes und über die Form des Vertrages gelten dieselben Vorschriften wie bei dem Annahmevertrage, ebenso bedarf er der Bestätigung durch das zuständige Gericht, die aber auch hier nur beim Fehlen eines gesetzlichen Erfordernisses versagt werden darf, und er tritt erst mit der Bestätigung in Kraft, obwohl die Parteien schon vorher gebunden sind (§ 1770). Zuständig ist dasselbe Gericht, das den Annahmevertrag zu bestätigen hatte. Der Beschluß tritt mit der Bekanntmachung an den Annehmenden oder, wenn er inzwischen gestorben ist, an das Kind, und wenn der Aufhebungsvertrag nach dem Tode des Kindes abgeschlossen und erst, nachdem auch der Annehmende gestorben ist, bestätigt wird, mit der Bekanntmachung an die übrigen Betheiligten in Wirksamkeit[1]). Sind Abkömmlinge des Angenommenen vorhanden, auf die sich die Wirkungen des Adoptionsvertrages miterstrecken, so ist ihre Theilnahme an dem Aufhebungsvertrage erforderlich, und zwar müssen sie sämmtlich zustimmen; eine nur theilweise Aufhebung des Verhältnisses für Einzelne ist unzulässig. Ist dagegen der Angenommene selbst verstorben, so können seine Abkömmlinge[2]), aber auch nur alle zusammen, den Aufhebungsvertrag mit dem Adoptivvater vereinbaren (§§ 1768 Abs. 2, 1769). Hatte ein Ehepaar gemeinschaftlich ein Kind angenommen, oder ein Ehegatte ein Kind des anderen, so kann die Aufhebung nur mit Uebereinstimmung beider Ehegatten erfolgen (§§ 1768 Abs. 3, 1769). Ist einer von ihnen gestorben, so können die Ueberlebenden zwar das zwischen ihnen bestehende Verhältniß auflösen, jedoch an den im Verhältnisse zu dem Verstorbenen eingetretenen Wirkungen wird hierdurch nichts mehr geändert. Deshalb dürfen das Kind und seine Abkömmlinge den durch die Annahme

[1]) Freiwill. Gerichtsb. §§ 65, 67. Ueber Rechtsmittel § 68.

[2]) Fischer-Henle Anm. 2 zu § 1769 halten einen solchen Aufhebungsvertrag auch zwischen sonstigen Erben und dem Adoptivvater für möglich. Aber mit dem Ausdruck des Gesetzes „das zwischen ihnen bestehende Rechtsverhältniß" kann nur das durch die Annahme an Kindesstatt begründete gemeint sein, und an ihm sind die Erben als solche gar nicht betheiligt.

an Kindesstatt erlangten Familiennamen weiterführen (§ 1772). Ist die Adoptivmutter oder die leibliche Mutter gestorben, so liegt hierin allerdings eine Abweichung von den gewöhnlichen Grundsätzen, da sie nur noch als deren Nachkommen behandelt werden dürfen, also nach § 1758 eigentlich ihren Mädchennamen erhalten müßten. Dies würde aber eine nochmalige Namensänderung bedingen, die aus praktischen Gründen besser vermieden wird.

2. Geht der Annehmende mit dem Kinde oder einem seiner Abkömmlinge eine Ehe ein, so hört damit das Adoptionsverhältniß von Rechtswegen auf (vgl. oben II 6), jedoch nur zwischen den beiden Betheiligten (§ 1771). Im Gegensatz zu dem soeben besprochenen Falle ist hier also eine theilweise Aufhebung der durch die Annahme an Kindesstatt geschaffenen Beziehungen zugelassen. Ist diese Ehe nichtig oder wird sie mit Erfolg angefochten (vgl. BGB. § 1343), so bleibt zwar das Adoptionsverhältniß im Ganzen bei Bestand, aber der Annehmende verliert die ihm etwa zustehende elterliche Gewalt über seinen nunmehrigen Ehegatten. Selbst diese Folge fällt aber fort, wenn die Nichtigkeit der Ehe auf einem Formmangel beruht und die Ehe nicht in das Heirathsregister eingetragen ist. Gesetzwidrig ist die Eheschließung zwischen den betreffenden Personen stets, weil sie gegen das Verbot des BGB. § 1311 verstößt, und der Standesbeamte soll sie daher nicht zulassen, wenn er von dem Bestehen des Hindernisses Kenntniß hat. Verschafft wird sie ihm durch die in § 26 des Personenstandsgesetzes angeordnete Eintragung in das Standesregister.

Mit der Wiederaufhebung der Annahme an Kindesstatt aus dem einen oder dem anderen Grunde hören für die Zukunft die durch sie hervorgerufenen Wirkungen auf. Das Gesetz hebt in § 1772 besonders hervor, daß das Kind und seine Abkömmlinge das Recht verlieren, den Familiennamen des Annehmenden zu führen, macht aber hiervon die vorhin (unter VII 1) erwähnte Ausnahme.

Wie die Annahme an Kindesstatt ist auch ihre Wiederaufhebung auf Antrag eines Betheiligten in das Standesregister einzutragen[1]).

---

[1]) Personenstandsgesetz § 26 („Wenn — die Standesrechte — in anderer Weise eine Veränderung erleiden").

VIII. Die Adoption eines unehelichen Kindes hindert seine Legitimation durch nachfolgende Ehe seiner leiblichen Eltern nicht[1]), da diese die von Rechtswegen eintretende Folge der Eheschließung ist. Es kann aber auch umgekehrt das einmal begründete Verhältniß zwischen dem Kinde und dem Annehmenden durch die Legitimation nicht wieder beseitigt werden. Wir haben schon früher (§ 3 unter II) gesehen, daß sie keine rückwirkende Kraft hat und an einmal entstandenen Rechtsverhältnissen nichts mehr ändert. Deshalb kann der Umstand nicht in's Gewicht fallen, daß die Annahme an Kindesstatt, wenn sie jetzt erfolgen würde, bei Minderjährigkeit des Kindes die Zustimmung seines Erzeugers voraussetzen würde, die vorher nicht nothwendig war. Daß er auf diese Weise der elterlichen Gewalt über sein Kind verlustig geht, auf die er sonst einen Anspruch hätte, ist eine Folge, die er gleichsam als Strafe für die uneheliche Zeugung und die verspätete Vornahme der Legitimation über sich ergehen lassen muß[2]). Um so mehr gilt das Gleiche bei der Ehelichkeitserklärung; es kann dem unehelichen Vater unmöglich gestattet sein, dem Annehmenden seine wohlbegründeten Rechte wieder zu entziehen. Freilich wird hierdurch vielleicht manchmal eine Legitimation, zu der sich der Vater sonst entschlossen haben würde, vereitelt, aber diese Befürchtung allein darf nicht maßgebend sein. Sind doch durch den Eintritt des Kindes in die Adoptivfamilie, die sich aus der Rechtsstellung des unehelich Geborenen ergebenden Gefahren und Nachtheile, welche die Veranlassung zur Aufnahme der Legitimation in das BGB. gebildet haben, zum großen Theile abgewendet, und eine stärkere Berücksichtigung des natürlichen Bandes zwischen dem Erzeuger und seinem Abkömmling könnte leicht die nicht weniger unerwünschte Wirkung einer Abschreckung von der Annahme Unehelicher haben. Hätte das Gesetz dieses Bedenken für unbegründet gehalten und das durch Adoption entstandene Rechtsverhältniß hinter dem aus der leiblichen Abstammung sich ergebenden zurücktreten lassen wollen, so hätte es dies ausdrücklich aussprechen müssen. Sein Schweigen berechtigt uns zu dem Schlusse, daß die Ehelichkeitserklärung auf die Beziehungen zwischen dem Annehmenden und dem

---

[1]) Vgl. Reichsgericht 30 S. 144, insbes. 146. Haidlen III S. 582 bis 83.

[2]) Dieselbe Ansicht vertheidigt für das gemeine Recht Reichsgericht 33 S. 196.

Kinde keinen Einfluß üben soll und ihre gewöhnlichen Folgen nur unbeschadet der Rechte des Annehmenden eintreten.

II. Die Entstehung der unehelichen Verwandtschaft. Kinder aus nichtigen Ehen.

§ 6.

I. Wenn auch die Thatsache der Erzeugung eines Kindes dieselbe bleibt, mögen die Eltern mit einander verheirathet sein oder nicht, so behandelt die Rechtsordnung sie doch in dem einen Falle anders als in dem anderen. Diese Verschiedenheit tritt schon bei dem Beweise der Abstammung zu Tage, die eheliche wird hierbei mehr begünstigt als die uneheliche. Schwierigkeiten kann selbstverständlich nur die Vaterschaft machen, denn „mater semper est certa", abgesehen von der Möglichkeit der Unterschiebung oder der Ableugnung des Kindes, der gegenüber mit gesetzlichen Vermuthungen nichts auszurichten ist. Zu Vorschriften, durch die dem Kinde der Nachweis seiner Erzeugung durch einen bestimmten Mann erleichtert wird, ist freilich nur Anlaß gegeben, wenn das Recht dem Vater überhaupt Pflichten gegen seinen unehelichen Abkömmling auferlegt, und ihr Inhalt wird wesentlich durch die Auffassung beeinflußt, von der aus es diese Pflichten für begründet erachtet. Das BGB. gewährt nun dem Kinde einen, wenngleich ziemlich beschränkten Anspruch auf Unterhalt gegen seinen Erzeuger, und zwar auf Grund der zwischen beiden bestehenden Blutsverwandtschaft. Daher kann nicht unter allen Umständen der Nachweis genügen, daß der in Anspruch Genommene innerhalb der kritischen Zeit der Mutter beigewohnt hat, wie vom Standpunkte der sog. Delictstheorie geboten wäre. Das Gesetz macht aber andererseits auch hier, wie bei der ehelichen Abstammung, nicht den unumstößlichen Beweis wirklich vorhandener Blutsbande zur Voraussetzung des Rechtsverhältnisses, sondern begnügt sich mit einem gewissen Grade der Wahrscheinlichkeit der Vaterschaft. Zur Begründung der Klage reicht nämlich im Allgemeinen die Thatsache des geschlechtlichen Verkehrs des Beklagten mit der Mutter des Kindes innerhalb der Empfängnißzeit aus (§ 1717). Letztere ist bei der unehelichen Erzeugung ebenso ausgedehnt bemessen, wie bei der ehelichen und ist ganz nach den früher

(S. 3 ff.) dargestellten Grundsätzen zu berechnen. Nur die Bestimmung des § 1592 Abs. 2 ist hier nicht wiederholt, woraus geschlossen werden muß, daß selbst der Nachweis einer ausnahmweise langen Dauer der Schwangerschaft dem Kinde keine Rechte zu verschaffen vermag, eine Unbilligkeit, deren Grund nicht einzusehen ist. Die gesetzliche Empfängnißzeit ist auch hier gleichmäßig für lebensfähige wie für voll ausgetragene Kinder maßgebend. Eine vor dem 6. Monate der Schwangerschaft erfolgende Fehlgeburt braucht nicht in Betracht gezogen zu werden, da sie nicht am Leben erhalten werden kann, und also kein Unterhaltsanspruch entsteht. Und wenn die Mutter von ihrem Schwängerer Ersatz der Entbindungskosten u. s. w. begehrt, wozu sie in diesem Falle zwar nicht nach § 1715, aber vielleicht nach § 825 berechtigt ist, so muß sie den durch keine gesetzliche Vermuthung erleichterten Beweis übernehmen, daß der Beklagte der Urheber der fraglichen Schwangerschaft ist. Gegen den nach § 1717 begründeten Unterhaltsanspruch kann der Beklagte, ebenso wie der Ehegatte der Mutter, sich durch den Gegenbeweis vertheidigen, es sei den Umständen nach offenbar unmöglich, daß die Mutter das Kind aus der ihm zur Last fallenden Beiwohnung empfangen habe. Außerdem aber wird er hier frei, wenn er darthut, daß noch ein Anderer ihr innerhalb der Empfängnißzeit beigewohnt hat, er müßte denn seine Vaterschaft nach der Geburt des Kindes in einer öffentlichen Urkunde anerkannt haben (§ 1718). Dadurch wird allerdings die Wahrscheinlichkeit seiner Vaterschaft erheblich abgeschwächt, wenn auch zweifelhaft sein mag, ob dieser Umstand sowie die von den Motiven[1]) für die Zulassung der exc.

[1]) Die Motive (Haidlen III S. 575) berufen sich vor Allem auf die schwere Ungerechtigkeit, die darin liege, daß Jemand, dessen Vaterschaft völlig ungewiß ist, zur Ernährung eines vielleicht fremden Kindes genöthigt werde. Allein bei dem Manne, dessen Frau sich eines Ehebruches schuldig gemacht hat, legt man auf diese Unbilligkeit kein Gewicht, und sodann ist die Folge der Zulassung der exceptio, daß das Kind gar nichts erhält. Es stehen sich hier zwei entgegengesetzte Interessen gegenüber, von denen durch die gesetzliche Regelung, wie sie auch ausfallen mag, nothwendig eines verletzt wird. Und da dürfte dasjenige des Kindes mehr Berücksichtigung verdienen, als dasjenige des Beklagten, der sich doch jedenfalls eine Unsittlichkeit hat zu Schulden kommen lassen. Daß ferner die Mutter in der Lage sein würde, unter den mehreren Männern denjenigen auszuwählen, welcher ihr wegen seines Vermögens als der angemessenste erscheint, dürfte kein so großes Unglück

plurium concumbentium weiter angeführten Gründe wirklich durchschlagend sind. Der vom Gesetz geforderte Nachweis ist nicht nur dann erbracht, wenn ein bestimmter Anderer benannt zu werden vermag, dem die Mutter gleichfalls die Beiwohnung gestattet hat, sondern schon dann, wenn Umstände dargethan werden, aus denen mit Nothwendigkeit auf den Beischlaf mit einem Unbekannten geschlossen werden muß, z. B. schon vorhandene Schwangerschaft der Mutter zur Zeit, wo der in Anspruch Genommene geschlechtlich mit ihr verkehrt hat. Eine besondere Abart dieser Einrede bildet die Berufung darauf, daß die Mutter eine Ehefrau ist, wenn das Kind nach den für die eheliche Abstammung geltenden Rechtssätzen als Abkömmling des Ehemannes gilt. Aus diesen Beispielen erhellt übrigens, daß der Beweis beider Einreden thatsächlich zusammenfallen kann. Denn wenn die Entbindung gegen das Ende der (wirklichen) Empfängnißzeit fällt, während die von dem Beklagten vorgenommene Beiwohnung nur wenig mehr als 180 Tage vorher stattgefunden hat, so beweist die allerdings selbständig festzustellende Schwangerschaft sowohl, daß das Kind unmöglich durch diese Beiwohnung empfangen sein kann, als auch, daß ein Anderer der Mutter innerhalb der kritischen Zeit beigewohnt hat. Der Entw. I § 1572 berücksichtigte den Fall der schon stattgehabten Empfängniß ausdrücklich in der Weise, daß er bestimmte, wenn die Mutter während der gesetzlichen Empfängnißzeit von einem Kinde entbunden

---

sein. Die verführerische Versuchung zu Erpressungsversuchen der Mutter ist nicht größer, als bei dem entgegengesetzten Rechtszustande; eine Abfindungssumme wird fast ebenso häufig aus Furcht vor einem beschämenden Rechtsstreite gezahlt werden, als um der Gefahr, die ganzen Unterhaltskosten zahlen zu müssen, zu entgehen. Und daß eine Frauensperson, welche einen Fehltritt begangen hat, sich bei Ausschluß der exceptio leichter veranlaßt finden könne, sich noch anderen Männern hinzugeben, um ihre Lage zu verbessern, ist nur selten anzunehmen. Handelt sie so sehr mit kühler Berechnung und nicht aus Liebe oder Sinnlichkeit, so wird sie sich regelmäßig von vornherein einen zahlungsfähigen Mann aussuchen, oder dafür sorgen, daß dem zweiten Zuhälter die erste Beiwohnung nicht bekannt wird. Vor Allem aber ist es unbillig, ein derartiges schändliches Verhalten der Mutter zu Ungunsten des Kindes wirken zu lassen. Vorkommen wird es doch überhaupt nur dann, wenn die Mutter eine Beihülfe zum Unterhalte des Kindes braucht; der eigentlich leidende Theil bleibt daher das Kind, indem es voraussichtlich jetzt schlechter verpflegt wird, als wenn ihm ein Unterhaltsanspruch unter Ausschluß der exceptio gewährt würde.

sei, so gehöre die vor die Entbindung fallende Zeit nicht zur Empfängnißzeit des nachher geborenen Kindes. Daß diese Vorschrift im BGB. fehlt, ist gewiß nicht durch eine Mißbilligung ihres Inhaltes veranlaßt, sondern dadurch, daß man sie mit Recht für selbstverständlich hielt. Sie ist aber insofern interessant, als sie beweist, daß sich unter Umständen der Beklagte auf die Erzeugung eines älteren Kindes berufen kann, um seine Unterhaltspflicht in Bezug auf ein später geborenes Kind abzulehnen. Die Unmöglichkeit der Abstammung aus der dem Beklagten zur Last fallenden Beiwohnung kann weiter bewiesen werden durch seine Zeugungsunfähigkeit, sowie nach den früher (S. 5 ff., 20) dargelegten Grundsätzen aus der Reife des Kindes. Dagegen ist die Behauptung, daß der angebliche Vater zur Zeit der Beiwohnung unzurechnungsfähig gewesen sei, unerheblich, weil ja das BGB. nicht von der Delictstheorie ausgeht, sondern von der thatsächlichen Blutsverwandtschaft, die durch Unzurechnungsfähigkeit nicht ausgeschlossen wird. Der Beweis der Unmöglichkeit kann übrigens von beiden Parteien verwendet werden [1]), seitens des Beklagten, um seine Haftung abzulehnen, seitens des klagenden Kindes, um die aus der Beiwohnung eines Anderen entnommene exceptio plurium zu widerlegen. Es ist sogar die Meinung aufgestellt worden, daß der zweite Satz des § 1717 Abs. 1 sich nur auf diese exceptio beziehe [2]), wonach dem Beklagten nur diese Einrede und auch sie nur in beschränkter Weise zur Seite stände. Allein nothwendig ist diese Auslegung nach dem Wortlaute des Gesetzes nicht. Gegen sie spricht aber der Vergleich mit § 1591, dem § 1717 offensichtlich nachgebildet ist. Es wäre auch völlig unerklärlich, wenn der Gesetzgeber eine Bestimmung getroffen hätte, die dem in Anspruch Genommenen in unbilliger Weise eine vom Standpunkte der Verwandtschaftstheorie aus wohlbegründete Einrede abschnitte, dagegen dem Kläger einen auf derselben Erwägung beruhenden Einwand gegen die Einrede der mehreren Zuhälter gewährte. Wird der Mangel des ursächlichen Zusammenhanges zwischen Beiwohnung und Geburt des Kindes zu Ungunsten des angeblichen Erzeugers berücksichtigt, so muß es auch zu seinen Gunsten in Be-

[1]) Vgl. Haidlen III S. 576. Uebereinstimmend Hirsch, Die Rechtsverhältnisse der unehelichen Kinder S. 69 ff. Matthiaß II S. 269, 270.

[2]) Fischer-Henle. Anm. 5 zu § 1717.

mögensrechtlicher Vortheile mißbraucht werde, und eine größere Garantie dafür zu gewinnen, daß es nur sittliche, edle Motive sind, welche den Annehmenden leiten (vgl. Haidlen III S. 630), scheint auch hier zuzutreffen. Dennoch wird man sich für das Gegentheil entscheiden müssen, da von einem Mißbrauch der Adoption zur Erlangung eines Vermögensvortheils bei der Zustimmung des Kindes nicht wohl die Rede sein kann und auf die Motive des Annehmenden nur insofern Gewicht zu legen ist, als das Wohl des Kindes gefährdet erscheint; diese Befürchtung ist aber bei der vorausgesetzten Sachlage nicht begründet.

Auf das Verhältniß des Kindes zu den Verwandten des Adoptivvaters bezieht sich die Vorschrift des § 1767 nicht, da kein Grund ersichtlich ist, weshalb in dieser Richtung die Vertragsfreiheit eingeschränkt sein sollte. Es kann ihm also z. B. ein Erbrecht an dem Nachlasse der Frau oder der Eltern des Annehmenden gewährt werden, nur muß der hierin liegende Erbvertrag in der durch BGB. § 2274 ff. angeordneten Form abgeschlossen sein. Will das Kind diesen ein vertragsmäßiges Erbrecht gewähren, so ist allerdings zu untersuchen, ob nicht eine Umgehung des Gesetzes beabsichtigt ist. Zu besonderen Abmachungen mit den Verwandten des Kindes liegt kaum ein Anlaß vor. Werden solche getroffen, so sind sie gültig, soweit nicht wieder in ihnen eine Umgehung des Gesetzes enthalten ist oder gegen allgemeine Rechtsgrundsätze verstoßen wird. Würde z. B. der Annehmende sich von den leiblichen Eltern des Kindes eine Beihülfe zu den Erziehungskosten ausbedingen — man denke an Anerbietungen zur Annahme eines Kindes gegen einmalige Vergütung —, so erhält er dadurch gegen sie einen klagbaren Anspruch, kann sich aber auf diesen Vertrag dem Adoptirten gegenüber nicht berufen, um sich der ihm obliegenden Unterhaltspflicht zu entziehen. Ob das Versprechen, sich jeglichen persönlichen Verkehrs mit dem Kinde zu enthalten, bindend ist, hängt von der Beantwortung der Frage ab, wie eine derartige Vereinbarung im Allgemeinen zu beurtheilen ist (vgl. unten § 10 I 4).

VII. Das durch die Annahme an Kindesstatt begründete Rechtsverhältniß wird bei dem Eintreten gewisser Aufhebungsgründe beendet.

1. Es kann durch einen neuen Vertrag zwischen den beiden Betheiligten wieder aufgehoben werden. Nach dem Tode des An-

nehmenden ist also die Beseitigung der Wirkungen der stattgehabten Annahme an Kindesstatt unmöglich. Der Vertrag darf nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung geschlossen werden. Ueber den Einfluß der Geschäftsunfähigkeit oder der beschränkten Geschäftsfähigkeit des Einen oder des Anderen, sowie ihres Todes und über die Form des Vertrages gelten dieselben Vorschriften wie bei dem Annahmevertrage, ebenso bedarf er der Bestätigung durch das zuständige Gericht, die aber auch hier nur beim Fehlen eines gesetzlichen Erfordernisses versagt werden darf, und er tritt erst mit der Bestätigung in Kraft, obwohl die Parteien schon vorher gebunden sind (§ 1770). Zuständig ist dasselbe Gericht, das den Annahmevertrag zu bestätigen hatte. Der Beschluß tritt mit der Bekanntmachung an den Annehmenden oder, wenn er inzwischen gestorben ist, an das Kind, und wenn der Aufhebungsvertrag nach dem Tode des Kindes abgeschlossen und erst, nachdem auch der Annehmende gestorben ist, bestätigt wird, mit der Bekanntmachung an die übrigen Betheiligten in Wirksamkeit[1]). Sind Abkömmlinge des Angenommenen vorhanden, auf die sich die Wirkungen des Adoptionsvertrages miterstrecken, so ist ihre Theilnahme an dem Aufhebungsvertrage erforderlich, und zwar müssen sie sämmtlich zustimmen; eine nur theilweise Aufhebung des Verhältnisses für Einzelne ist unzulässig. Ist dagegen der Angenommene selbst verstorben, so können seine Abkömmlinge[2]), aber auch nur alle zusammen, den Aufhebungsvertrag mit dem Adoptivvater vereinbaren (§§ 1768 Abs. 2, 1769). Hatte ein Ehepaar gemeinschaftlich ein Kind angenommen, oder ein Ehegatte ein Kind des anderen, so kann die Aufhebung nur mit Uebereinstimmung beider Ehegatten erfolgen (§§ 1768 Abs. 3, 1769). Ist einer von ihnen gestorben, so können die Ueberlebenden zwar das zwischen ihnen bestehende Verhältniß auflösen, jedoch an den im Verhältnisse zu dem Verstorbenen eingetretenen Wirkungen wird hierdurch nichts mehr geändert. Deshalb dürfen das Kind und seine Abkömmlinge den durch die Annahme

---

[1]) Freiwill. Gerichtsb. §§ 65, 67. Ueber Rechtsmittel § 68.

[2]) Fischer-Henle Anm. 2 zu § 1769 halten einen solchen Aufhebungsvertrag auch zwischen sonstigen Erben und dem Adoptivvater für möglich. Aber mit dem Ausdruck des Gesetzes „das zwischen ihnen bestehende Rechtsverhältniß" kann nur das durch die Annahme an Kindesstatt begründete gemeint sein, und an ihm sind die Erben als solche gar nicht betheiligt.

mit der Versicherung der Richtigkeit und Vollständigkeit einreichen. Erfüllt er die Verpflichtung in ungenügendem Maße, so sind dieselben Sicherungsmittel gestattet wie den leiblichen Eltern gegenüber, und das Vormundschaftsgericht kann ihm im Nothfalle die Vermögensverwaltung (nicht auch die Nutznießung) entziehen (§ 1760 in Verb. mit § 1670). Ebenso treffen den Annehmenden, wenn er eine Ehe eingehen will, während er die elterliche Gewalt über das angenommene Kind hat, dieselben Obliegenheiten, die der eheliche Vater im gleichen Falle hat (§ 1761, vergl. unten § 11 g. E.).

3. Dem Adoptivkinde und seinen Abkömmlingen, auf die sich die Wirkungen der Annahme erstrecken, steht ein gesetzliches Erb- und Pflichttheilsrecht gegen den Annehmenden zu[1]); dagegen hat dieser gegen jene keine Erbansprüche (§ 1759).

4. Der Annehmende und das Kind (nebst seinen unter 3. bezeichneten Abkömmlingen) sind sich gegenseitig im Falle eintretender Bedürftigkeit nach §§ 1601 ff. zur Gewährung des Unterhaltes verpflichtet.

5. Will das Kind vor Vollendung des 21. Lebensjahres eine Ehe eingehen, so bedarf es dazu der im BGB. § 1306 vorgeschriebenen Einwilligung des Annehmenden.

6. Der Annehmende darf mit dem Adoptivkinde oder dessen Abkömmlingen, auch wenn die Annahme sich nicht auf sie erstreckt[2]), keine Ehe eingehen, solange das durch die Annahme begründete Rechtsverhältniß besteht (BGB. § 1311). Die dennoch geschlossene Ehe ist freilich gültig, da dieser Fall nicht unter den gesetzlichen Nichtigkeits- oder Anfechtungsgründen aufgeführt wird (vergl. BGB.

---

[1]) Diese Wirkung bildet einen Hauptgrund für das Verbot der Annahme beim Vorhandensein ehelicher Kinder. Daneben kann zwar wohl das Bestreben gerechtfertigt sein, für ein bestimmtes anderes hülfsbedürftiges Kind, z. B. eine verwandte Waise, zu sorgen. Dann kommt aber nur das Interesse des Kindes in Frage, und für dieses muß es genügen, wenn es für die Zeit seiner Hülfsbedürftigkeit thatsächlich versorgt wird, ohne weitergehende Ansprüche, namentlich Erbansprüche, zu erhalten. Im Gegentheil könnte die Aussicht auf eine weitergehende rechtliche Gebundenheit oft von der Uebernahme der Verpflegung abschrecken.

[2]) Vgl. Haidlen III S. 26. Die unten VII, 2 zu erwähnende Vorschrift des § 1771 kann jedoch auf die Abkömmlinge keine Anwendung finden, auf die sich die Wirkungen der Annahme überhaupt nicht erstrecken. Insofern knüpfen sich an die Uebertretung des Verbotes gar keine Wirkungen.

§§ 1324—35, 1350), hebt aber das Adoptionsverhältniß für die Betheiligten auf (vergl. unten VII 2).

7. Aus dem Grundsatze des § 1757 würde an sich folgen, daß ein adoptirtes Kind mit Einwilligung des Annehmenden von einem Dritten sich annehmen lassen dürfte. Das BGB. hat dies jedoch durch § 1749 Abs. 2 ausgeschlossen. Wünschen die Betheiligten eine derartige Annahme an Kindesstatt herbeizuführen, so muß zunächst das bisher bestehende Rechtsverhältniß aufgelöst werden. Nur wenn ein Kind von einem Ehegatten angenommen war, darf es, und zwar unter Fortdauer der ersten Adoption, auch noch von dem anderen angenommen werden.

8. Der Annehmende und der Angenommene (nebst seinen unter 3. bezeichneten Abkömmlingen) sind in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und im Strafverfahren, soweit der Andere betheiligt ist, von der Zeugnißpflicht befreit (vergl. CPrO. § 383 N. 3, StPrO. § 51 N. 3).

III. Ein rechtliches Verwandtschaftsverhältniß mit den angegebenen Folgen wird aber nach dem BGB. nur zwischen dem Annehmenden einerseits und dem Angenommenen und seinen *nach* dem Vertragsschlusse geborenen Abkömmlingen andererseits begründet. Die Verwandten des Ersteren werden durch die Annahme nicht berührt, insbesondere auch seine leiblichen Kinder nicht, falls ihm solche hinterher geboren werden. Folglich entsteht auch bei der Annahme mehrerer Kinder unter diesen nicht das Verhältniß von Halbgeschwistern[1]). Ebensowenig tritt sein Ehegatte in ein Schwägerschaftsverhältniß zu dem Kinde oder der Ehegatte des Kindes in ein solches zu dem Annehmenden (§§ 1762, 1763). Auf die zur Zeit des Vertragsschlusses schon vorhandenen Abkömmlinge der Angenommenen erstrecken sich die Wirkungen der Annahme nur, wenn der Vertrag auch mit ihnen geschlossen wird. Begrifflich liegen dann mehrere Annahmeverträge vor, woraus sich ergiebt, daß in Bezug auf die Zulässigkeit einer Vertretung dieser Theilnehmer an dem Rechtsgeschäfte die besonderen Vorschriften der §§ 1750, 1751 (oben I 1) maßgebend sind, wobei rücksichtlich der Geschäftsunfähigkeit die Abkömmlinge dem Kinde gleichgestellt werden müssen. Geisteskranke, die bereits das 14. Lebensjahr vollendet haben, können also überhaupt nicht in das Adoptionsverhältniß mit hineingezogen

[1]) Reichsgericht 37 S. 192.

werden. Für die äußerliche Betrachtung liegt aber nur eine Vereinbarung vor, da „der" Vertrag „auch" mit den Abkömmlingen geschlossen wird (§ 1762). Und auch ein innerer untrennbarer Zusammenhang muß regelmäßig angenommen werden, so daß, wenn die Annahme hinsichtlich des Adoptivkindes nichtig oder anfechtbar ist, derselbe Erfolg auch für die anderen Theilnehmer eintritt, während bei ihrer Ungültigkeit für die Abkömmlinge ganz wohl die im BBG. § 139 vorgesehene Ausnahme (daß vermuthlich das Geschäft auch ohne den nichtigen Theil vorgenommen sein würde) vorkommen kann. Mittelbare Wirkungen, wie sie bei der Ehelichkeitserklärung angeführt sind (oben § 4 unter II), treten für die von der Annahme an Kindesstatt nicht unmittelbar Betroffenen selbstverständlich ein.

IV. Ein Kind kann nicht von Mehreren zugleich angenommen werden, weil ihre Rechte mit einander in Widerspruch stehen würden und selbst, wenn diese Folge durch Vereinbarungen ausgeschlossen würde, für die Zulassung eines derartigen Rechtsgeschäftes kein beachtenswerthes Bedürfniß besteht. Noch weniger ist dies seitens beliebiger Personen mit der Wirkung möglich, daß das Kind als ihr gemeinschaftliches gelten solle. Denn bis zu einem gewissen Grade verlangt das Gesetz einen Anschluß an die Verhältnisse der natürlichen Abstammung und fordert, daß der Annehmende mindestens 18 Jahre älter ist, als das Kind[1]). Aus demselben Gesichtspunkte macht es dann aber für Ehegatten eine Ausnahme von der Regel, und zwar in der doppelten Weise, daß das angenommene Kind die rechtliche Stellung eines gemeinschaftlichen ehelichen Kindes derselben erhält, wenn es von ihnen gleichzeitig oder nach einander adoptirt wird, als auch wenn ein Ehegatte das leibliche Kind des anderen annimmt (§§ 1749, 1757 Abs. 2). Diese Bestimmung darf nicht dahin verstanden werden, als ob der Angenommene in jeder Beziehung einem ehelichen Abkömmlinge gleichgestellt würde[2]); zu einer derartigen Erweiterung der Wirkungen der Adoption hätte kein Grund

[1]) Noch weiter ging das römische Recht, indem es Castraten die Adoption untersagte: § 9 J. 1, 11.

[2]) A. A. anscheinend Bunsen, Einführung in das BGB. 3 S. 161. Im Entw. I § 1621 trat die Richtigkeit der im Text aufgestellten Ansicht deutlich dadurch hervor, daß auf §§ 1601 und 1620 verwiesen wurde. Dieser Hinweis ist allerdings später fortgelassen, aber offenbar nur aus redactionellen Gründen, ohne daß man eine materielle Aenderung beabsichtigte.

für den Gesetzgeber vorgelegen. Vielmehr sollten auf diese Weise nur die eigenthümlichen Schwierigkeiten umgangen werden, die sonst in Folge der begrifflich vorhandenen zwiefachen Kindesannahme eintreten würden[1]). Und zu demselben Zwecke sind noch einige weitere ergänzende Vorschriften aufgestellt. So müßte das Kind nach den allgemeinen Grundsätzen sowohl den Namen des Mannes wie der Frau erhalten, beide hätten Anspruch auf die elterliche Gewalt u. s. w. Dagegen legt ihm § 1758 ausschließlich den Familiennamen des Mannes bei. Die elterliche Gewalt steht allein dem Adoptivvater zu, neben dem die Adoptivmutter nur ein persönliches Fürsorgerecht nach § 1634 hat, während sie auf die Gewalt in weiterem Umfange nur nach §§ 1684, 1685 Anspruch erhält. Die Verpflichtung zur Gewährung des Unterhaltes bei Bedürftigkeit des Kindes trifft in Gemäßheit des § 1606 Abs. 2 den Vater vor der Mutter. Im Falle einer Scheidung der Adoptiveltern bestimmt sich das Recht zur Erziehung des Kindes nach § 1635. Ist das Kind als gemeinschaftliches angenommen, so finden auf den Vertrag die unter III. dargelegten Erwägungen Anwendung, die Ungültigkeit der einen An-

[1]) Haidlen III S. 627. Als zweifelhaft könnte vielleicht die oben unter II, 2 erwähnte Verpflichtung zur Aufnahme eines Vermögensverzeichnisses in diesen Fällen angesehen werden. Denn sie lehnt sich an die Vorschrift des § 1640 an, die den Vater bei dem Tode der Mutter zu der gleichen Maßregel verpflichtet. Das Gesetz geht davon aus, daß, so lange diese lebt, sie auch die Vermögensinteressen der Kinder wahren werde. Wenn nun ein gemeinschaftlich angenommenes Kind zu beiden Ehegatten in die Stellung eines ehelichen Kindes kommt, so könnte man meinen, daß nunmehr derselbe Grundsatz Platz greifen müsse. Allein § 1760 erklärt nicht einfach den § 1640 für entsprechend anwendbar, sondern stellt sich als eine selbständige Bestimmung dar. Auch die Reihenfolge der Paragraphen deutet darauf hin, daß § 1760 im Falle des § 1757 Abs. 2 gleichfalls maßgebend sein soll. Hätte der Gesetzgeber dies nicht gewollt, so dürfte man erwarten, daß er seiner Absicht auch Ausdruck gegeben hätte. Ueberdies läßt sich nicht annehmen, daß eine Adoptivmutter in ebenso energischer Weise für das Kind eintreten wird wie die leibliche Mutter. Das Vermögen des Angenommenen ist also in viel höherem Maße gefährdet als das eines leiblichen Kindes. Anders liegt die Sache allerdings, wenn der Mann das Kind seiner Frau annimmt, aber immerhin fehlt auch hier die erforderliche Ausnahmevorschrift. Nimmt die Frau das Kind des Mannes an und erlangt die elterliche Gewalt und damit die Vermögensverwaltung, so ist selbst nach dem dem § 1640 zu Grunde liegenden Gedanken die Sicherungsmaßregel geboten. Vorher aber kann auf sie § 1760 seinem Wortlaute nach keine Anwendung finden.

nahme an Kindesstatt zieht die Ungültigkeit der anderen nach sich, während allerdings in dem Falle, daß ein Ehegatte das Kind des anderen annimmt, der leibliche Vater oder die leibliche Mutter nicht Vertragstheilnehmer, sondern nur einwilligungsberechtigt (nach § 1747) ist. Weitere Folgerungen aus der Auffassung des BGB. werden wir im Verlaufe der Darstellung kennen lernen. Im Uebrigen verändern sich die Wirkungen der Adoption nicht, namentlich erstrecken sie sich auch hier nicht ohne Weiteres auf die früher geborenen Abkömmlinge des Kindes, und ebenso wenig haben die Eltern ein Erbrecht an das Kind. Desgleichen müssen bei der gemeinschaftlichen Annahme die gewöhnlichen Voraussetzungen vorliegen, und sie ist z. B. nur zulässig, wenn keiner der Ehegatten oder der annehmende Ehegatte nicht eheliche Abkömmlinge hat.

V. Die Rechte und Pflichten zwischen dem Kinde und seinen leiblichen Verwandten bleiben im Allgemeinen unverändert, soweit nicht das durch die Annahme an Kindesstatt geschaffene Rechtsverhältniß Abweichungen nothwendig macht. Dahin gehört zunächst, daß die Pflicht zum Unterhalte des Angenommenen und seiner Abkömmlinge von nun an die leiblichen Verwandten erst hinter dem Annehmenden trifft (§ 1766). Für das Kind tritt die unangenehme Folge ein, daß es doppelt unterhaltspflichtig wird, dem Annehmenden und den leiblichen Verwandten aufsteigender Linie. Um ersteren nicht günstiger zu stellen als die letzteren, ordnet § 1766 Abs. 2 die Anwendbarkeit des § 1611 auf ihn an, d. h. wenn bei ihm einer der Gründe vorliegt, die das Kind berechtigen würden, seinen Eltern u. s. w. den Pflichttheil zu entziehen, so verliert er seinen Unterhaltsanspruch, obgleich er ein Erbrecht an das Kind gar nicht hat, also auch nicht verwirken kann.

Ferner verlieren die leiblichen Eltern die elterliche Gewalt über das Kind, die uneheliche Mutter die Sorge für seine Person (§ 1765 Abs. 1), und diese Rechte werden auch, da eine dahin gehende ausdrückliche Bestimmung im Gesetze fehlt, dadurch nicht wiederhergestellt, daß das Kindesverhältniß vertragsmäßig aufgehoben wird[1]). Endigt

[1]) Behalten die leiblichen Eltern die Befugniß zum persönlichen Verkehr mit dem Kinde? Während z. B. das Preuß. LR. § 101 II, 2 der unehelichen Mutter das Zutrittsrecht gewährt, enthält das BGB. keine Bestimmung in dieser Hinsicht. Da sich aber aus seinem § 1636 ergiebt, daß die Ehegatten, auch wenn sie die Sorge für die Person des Kindes verloren haben, dennoch jenes

dagegen die Gewalt des Annehmenden oder ruht sie wegen seiner Geschäftsunfähigkeit oder längerer thatsächlicher Verhinderung an ihrer Ausübung (vgl. unten § 14), und müssen zugleich die leiblichen Eltern dem Kinde Unterhalt gewähren, weil jener nicht dazu im Stande oder gestorben ist, so erhalten sie zwar nicht die Gewalt in ihrem vollen Umfange zurück, aber doch die Sorge für seine Person [1]). Ist er nur in der Geschäftsfähigkeit beschränkt oder erhält er in Folge körperlicher Gebrechen einen Pfleger für seine Person und sein Vermögen, so ergiebt sich aus § 1676 Abs. 2 vergl. mit § 1765 Abs. 2, daß dem Kinde ein Vormund bestellt werden muß, während die Sorge für seine Person dem Annehmenden neben diesem gesetzlichen Vertreter zusteht, ohne Rücksicht darauf, wer den Unterhalt des Kindes zu bestreiten hat. Ist ein Kind von Eheleuten gemeinschaftlich, oder das Kind eines Ehegatten von dem anderen angenommen, so geht in den gedachten Fällen die elterliche Gewalt unter entsprechender Anwendung von §§ 1684, 1685 zunächst auf die Frau über, und erst wenn sie gestorben wäre oder auch ihrerseits die Gewalt verloren hätte, würde die Gewährung des Unterhaltes durch die leiblichen Eltern die vorhin angegebene Folge nachsichziehen.

Wird aus irgend einem Grunde die Anordnung einer Vormundschaft über das noch minderjährige Kind nothwendig, so wird zunächst berufen, wer von dem Annehmenden als Vormund benannt war. Denn nach dem Grundsatze des § 1757 gilt er als Vater im

---

Recht behalten, so ist es als ein Ausfluß der Blutsverwandtschaft zwischen Eltern und Kind aufzufassen. Auch ergiebt sich aus dem Wortlaute der angezogenen Vorschrift, daß es weder von dem Besitze der elterlichen Gewalt noch der Sorge für die Person abhängt. Es wird also auch durch § 1765, der den Eltern diese beiden Rechte entzieht, nicht betroffen. Da sich im Uebrigen die Befugnisse und Pflichten, die sich aus dem natürlichen Verwandtschaftsverhältniß ergeben, nach § 1764 unverändert bleiben sollen, so muß man schließen, daß der persönliche Verkehr zwischen Eltern und Kind auch nach der Adoption keine gesetzlichen Einschränkungen erleidet.

[1]) § 1765 Abs. 2. Die Sorge für die Person des Kindes muß Demjenigen zufallen, der ihm den Unterhalt gewährt. Ist dies bei Unvermögen des Vaters die Mutter (was eintreten kann, wenn sie Vorbehaltsgut besitzt oder die Eltern in Gütertrennung leben), so hat sie aber auch auf diesen Theil der Gewalt Anspruch, ohne daß die Voraussetzungen der §§ 1684, 1685 vorliegen.

Sinne des BGB. § 1776; die leiblichen Eltern sind nach § 1777 zu solcher Ernennung nicht befugt, weil ihnen die elterliche Gewalt fehlt. Falls auch der Adoptivvater aus demselben Grunde keinen Vormund ernennen darf oder von seinem Rechte keinen Gebrauch gemacht hat, so schließt BGB. § 1776 Abs. 2 die leiblichen Großeltern, die nach Abs. 1 Nr. 3 und 4 berufen sein würden, der Regel nach aus. Das Vormundschaftsgericht hat alsdann nach § 1779 den Vormund auszuwählen, und kann als solchen auch den leiblichen Vater oder die eheliche Mutter bestellen, wie sich aus BGB. § 1845 ergiebt. Das Gleiche gilt bei den von der Annahme an Kindesstatt mitergriffenen Abkömmlingen des Adoptivkindes, doch ist nach dem Grundsatze des § 1757 der Annehmende gleichsam als Großvater zur Uebernahme der Vormundschaft über sie zunächst berufen. Ist das Kind eines Ehegatten von dem anderen Ehegatten angenommen, so treten in Ermangelung eines von Vater oder Mutter berufenen Vormundes die leiblichen Großeltern wieder in ihre Rechte. Der Vater des Annehmenden kann nie als Großvater zur Vormundschaft berufen sein, weil das Kind ja nach § 1763 zu ihm in kein Verwandtschaftsverhältniß getreten ist. Vernothwendigt sich eine Vormundschaft über den Angenommenen, nachdem er volljährig geworden ist, so wird nach BGB. § 1899 Abs. 1 zunächst der Annehmende berufen, und wenn er verstorben oder unfähig ist, muß der Vormund vom Gerichte ausgewählt werden, da der Großvater in Gemäßheit der §§ 1897, 1776 Abs. 2, die leiblichen Eltern aber durch die Vorschrift des § 1899 Abs. 2 ausgeschlossen sind. Eine Ausnahme tritt auch hier ein, wenn der Mündel von den Ehegatten seines Vaters oder seiner Mutter angenommen ist; hier wird der Mann und nach ihm die Frau als gesetzlicher Vormund berufen.

Auf den Nachlaß des Annehmenden haben das Adoptivkind und seine Abkömmlinge in Gemäßheit des BGB. § 1924 Anspruch neben dem überlebenden Ehegatten, der nach § 1931 ein Viertheil der Erbschaft erhält, und ausnahmsweise neben Abkömmlingen des Erblassers, die nach der Annahme an Kindesstatt geboren sind. Daneben behalten sie ihre Erbrechte gegenüber den leiblichen Eltern und sonstigen leiblichen Verwandten. Stirbt das Kind, ohne Nachkommenschaft zu hinterlassen, so wird es allein von seinen leiblichen Eltern oder Blutsverwandten beerbt, da der Annehmende, wie wir gesehen haben, keine gesetzlichen Erbrechte hat.

VI. Die Vorschriften des BGB. über die Annahme an Kindesstatt bilden zwingendes Recht und können in dem Annahmevertrage nicht geändert werden, jedoch mit drei Ausnahmen. Einmal nämlich darf bestimmt werden, daß das Kind dem Namen des Annehmenden seinen eigenen Familiennamen nicht hinzufügen solle (vgl. oben II 1). Ferner kann die Nutznießung des Annehmenden an dem Vermögen des Kindes, nicht aber sein Verwaltungsrecht oder gar die ganze elterliche Gewalt ausgeschlossen werden. Sie verbleibt dann nicht etwa den leiblichen Eltern, sondern hört vollständig auf[1]), weil sie ein Ausfluß der elterlichen Gewalt ist und diese für ihren bisherigen Inhaber durch die Annahme an Kindesstatt beendet wird. Endlich ist die Vereinbarung zulässig, daß das Kind kein Erbrecht an den Annehmenden haben solle, wodurch das Verhältniß einer bloßen Pflegekindschaft genähert wird. Doch unterscheidet es sich von ihr immer noch dadurch, daß beide Theile sich gegenseitig zur Gewährung von Unterhalt verpflichtet bleiben. Die Motive[2]) heben mit Recht als Folge des in § 1767 aufgestellten Rechtssatzes hervor, daß der Annehmende sich nicht in dem Annahmevertrage und als Theil desselben ein Erbrecht an dem Nachlasse des Kindes ausbedingen dürfe, halten dies aber für zulässig, wenn die besonderen Voraussetzungen des Erbeinsetzungsvertrages beobachtet sind. In dem weitaus gewöhnlichsten Falle, daß ein noch unerwachsenes Kind angenommen wird, ist diese Bedingung mit Rücksicht auf BGB. § 2275 unerfüllbar, wonach ein Erbvertrag nur von einem Erblasser geschlossen werden darf, der unbeschränkt geschäftsfähig ist, ganz abgesehen davon, daß meistens das Kind kein Vermögen hat. Dagegen ist es allerdings unbedenklich, daß es nach erreichter Volljährigkeit und, nachdem es Vermögen erworben hat, den Adoptiveltern seine Dankbarkeit dadurch bezeugt, daß es mit ihnen einen Erbvertrag eingeht. Zweifelhaft aber könnte erscheinen, ob nach dem Sinne des Gesetzes ein Erwachsener, der sich an Kindesstatt annehmen läßt, etwa um den Adel zu erlangen, gleichzeitig dem Annehmenden vertragsmäßig ein Erbrecht gewähren dürfe. Der Grund, auf dem der Ausschluß des Annehmenden von dem Nachlasse des Kindes beruht, nämlich zu verhindern, daß die Annahme an Kindesstatt als Deckmantel eigennütziger Zwecke und als Mittel zur Erlangung ver-

[1]) Bunsen a. a. O. S. 159. | [2]) Haiblen III S. 640.

mögensrechtlicher Vortheile mißbraucht werde, und eine größere Garantie dafür zu gewinnen, daß es nur sittliche, edle Motive sind, welche den Annehmenden leiten (vgl. Haidlen III S. 630), scheint auch hier zuzutreffen. Dennoch wird man sich für das Gegentheil entscheiden müssen, da von einem Mißbrauch der Adoption zur Erlangung eines Vermögensvortheils bei der Zustimmung des Kindes nicht wohl die Rede sein kann und auf die Motive des Annehmenden nur insofern Gewicht zu legen ist, als das Wohl des Kindes gefährdet erscheint; diese Befürchtung ist aber bei der vorausgesetzten Sachlage nicht begründet.

Auf das Verhältniß des Kindes zu den Verwandten des Adoptivvaters bezieht sich die Vorschrift des § 1767 nicht, da kein Grund ersichtlich ist, weshalb in dieser Richtung die Vertragsfreiheit eingeschränkt sein sollte. Es kann ihm also z. B. ein Erbrecht an dem Nachlasse der Frau oder der Eltern des Annehmenden gewährt werden, nur muß der hierin liegende Erbvertrag in der durch BGB. § 2274 ff. angeordneten Form abgeschlossen sein. Will das Kind diesen ein vertragsmäßiges Erbrecht gewähren, so ist allerdings zu untersuchen, ob nicht eine Umgehung des Gesetzes beabsichtigt ist. Zu besonderen Abmachungen mit den Verwandten des Kindes liegt kaum ein Anlaß vor. Werden solche getroffen, so sind sie gültig, soweit nicht wieder in ihnen eine Umgehung des Gesetzes enthalten ist oder gegen allgemeine Rechtsgrundsätze verstoßen wird. Würde z. B. der Annehmende sich von den leiblichen Eltern des Kindes eine Beihülfe zu den Erziehungskosten ausbedingen — man denke an Anerbietungen zur Annahme eines Kindes gegen einmalige Vergütung —, so erhält er dadurch gegen sie einen klagbaren Anspruch, kann sich aber auf diesen Vertrag dem Adoptirten gegenüber nicht berufen, um sich der ihm obliegenden Unterhaltspflicht zu entziehen. Ob das Versprechen, sich jeglichen persönlichen Verkehrs mit dem Kinde zu enthalten, bindend ist, hängt von der Beantwortung der Frage ab, wie eine derartige Vereinbarung im Allgemeinen zu beurtheilen ist (vgl. unten § 10 I 4).

VII. Das durch die Annahme an Kindesstatt begründete Rechtsverhältniß wird bei dem Eintreten gewisser Aufhebungsgründe beendet.

1. Es kann durch einen neuen Vertrag zwischen den beiden Betheiligten wieder aufgehoben werden. Nach dem Tode des An-

nehmenden ist also die Beseitigung der Wirkungen der stattgehabten Annahme an Kindesstatt unmöglich. Der Vertrag darf nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung geschlossen werden. Ueber den Einfluß der Geschäftsunfähigkeit oder der beschränkten Geschäftsfähigkeit des Einen oder des Anderen, sowie ihres Todes und über die Form des Vertrages gelten dieselben Vorschriften wie bei dem Annahmevertrage, ebenso bedarf er der Bestätigung durch das zuständige Gericht, die aber auch hier nur beim Fehlen eines gesetzlichen Erfordernisses versagt werden darf, und er tritt erst mit der Bestätigung in Kraft, obwohl die Parteien schon vorher gebunden sind (§ 1770). Zuständig ist dasselbe Gericht, das den Annahmevertrag zu bestätigen hatte. Der Beschluß tritt mit der Bekanntmachung an den Annehmenden oder, wenn er inzwischen gestorben ist, an das Kind, und wenn der Aufhebungsvertrag nach dem Tode des Kindes abgeschlossen und erst, nachdem auch der Annehmende gestorben ist, bestätigt wird, mit der Bekanntmachung an die übrigen Betheiligten in Wirksamkeit[1]). Sind Abkömmlinge des Angenommenen vorhanden, auf die sich die Wirkungen des Adoptionsvertrages miterstrecken, so ist ihre Theilnahme an dem Aufhebungsvertrage erforderlich, und zwar müssen sie sämmtlich zustimmen; eine nur theilweise Aufhebung des Verhältnisses für Einzelne ist unzulässig. Ist dagegen der Angenommene selbst verstorben, so können seine Abkömmlinge[2]), aber auch nur alle zusammen, den Aufhebungsvertrag mit dem Adoptivvater vereinbaren (§§ 1768 Abs. 2, 1769). Hatte ein Ehepaar gemeinschaftlich ein Kind angenommen, oder ein Ehegatte ein Kind des anderen, so kann die Aufhebung nur mit Uebereinstimmung beider Ehegatten erfolgen (§§ 1768 Abs. 3, 1769). Ist einer von ihnen gestorben, so können die Ueberlebenden zwar das zwischen ihnen bestehende Verhältniß auflösen, jedoch an den im Verhältnisse zu dem Verstorbenen eingetretenen Wirkungen wird hierdurch nichts mehr geändert. Deshalb dürfen das Kind und seine Abkömmlinge den durch die Annahme

[1]) Freiwill. Gerichtsb. §§ 65, 67. Ueber Rechtsmittel § 68.

[2]) Fischer-Henle Anm. 2 zu § 1769 halten einen solchen Aufhebungsvertrag auch zwischen sonstigen Erben und dem Adoptivvater für möglich. Aber mit dem Ausdruck des Gesetzes „das zwischen ihnen bestehende Rechtsverhältniß" kann nur das durch die Annahme an Kindesstatt begründete gemeint sein, und an ihm sind die Erben als solche gar nicht betheiligt.

an Kindesstatt erlangten Familiennamen weiterführen (§ 1772). Ist die Adoptivmutter oder die leibliche Mutter gestorben, so liegt hierin allerdings eine Abweichung von den gewöhnlichen Grundsätzen, da sie nur noch als deren Nachkommen behandelt werden dürfen, also nach § 1758 eigentlich ihren Mädchennamen erhalten müßten. Dies würde aber eine nochmalige Namensänderung bedingen, die aus praktischen Gründen besser vermieden wird.

2. Geht der Annehmende mit dem Kinde oder einem seiner Abkömmlinge eine Ehe ein, so hört damit das Adoptionsverhältniß von Rechtswegen auf (vgl. oben II 6), jedoch nur zwischen den beiden Betheiligten (§ 1771). Im Gegensatz zu dem soeben besprochenen Falle ist hier also eine theilweise Aufhebung der durch die Annahme an Kindesstatt geschaffenen Beziehungen zugelassen. Ist diese Ehe nichtig oder wird sie mit Erfolg angefochten (vgl. BGB. § 1343), so bleibt zwar das Adoptionsverhältniß im Ganzen bei Bestand, aber der Annehmende verliert die ihm etwa zustehende elterliche Gewalt über seinen nunmehrigen Ehegatten. Selbst diese Folge fällt aber fort, wenn die Nichtigkeit der Ehe auf einem Formmangel beruht und die Ehe nicht in das Heirathsregister eingetragen ist. Gesetzwidrig ist die Eheschließung zwischen den betreffenden Personen stets, weil sie gegen das Verbot des BGB. § 1311 verstößt, und der Standesbeamte soll sie daher nicht zulassen, wenn er von dem Bestehen des Hinderniſses Kenntniß hat. Verschafft wird sie ihm durch die in § 26 des Personenstandsgesetzes angeordnete Eintragung in das Standesregister.

Mit der Wiederaufhebung der Annahme an Kindesstatt aus dem einen oder dem anderen Grunde hören für die Zukunft die durch sie hervorgerufenen Wirkungen auf. Das Gesetz hebt in § 1772 besonders hervor, daß das Kind und seine Abkömmlinge das Recht verlieren, den Familiennamen des Annehmenden zu führen, macht aber hiervon die vorhin (unter VII 1) erwähnte Ausnahme.

Wie die Annahme an Kindesstatt ist auch ihre Wiederaufhebung auf Antrag eines Betheiligten in das Standesregister einzutragen[1]).

---

[1]) Personenstandsgesetz § 26 („Wenn — die Standesrechte — in anderer Weise eine Veränderung erleiden").

VIII. Die Adoption eines unehelichen Kindes hindert seine Legitimation durch nachfolgende Ehe seiner leiblichen Eltern nicht[1]), da diese die von Rechtswegen eintretende Folge der Eheschließung ist. Es kann aber auch umgekehrt das einmal begründete Verhältniß zwischen dem Kinde und dem Annehmenden durch die Legitimation nicht wieder beseitigt werden. Wir haben schon früher (§ 3 unter II) gesehen, daß sie keine rückwirkende Kraft hat und an einmal entstandenen Rechtsverhältnissen nichts mehr ändert. Deshalb kann der Umstand nicht in's Gewicht fallen, daß die Annahme an Kindesstatt, wenn sie jetzt erfolgen würde, bei Minderjährigkeit des Kindes die Zustimmung seines Erzeugers voraussetzen würde, die vorher nicht nothwendig war. Daß er auf diese Weise der elterlichen Gewalt über sein Kind verlustig geht, auf die er sonst einen Anspruch hätte, ist eine Folge, die er gleichsam als Strafe für die uneheliche Zeugung und die verspätete Vornahme der Legitimation über sich ergehen lassen muß[2]). Um so mehr gilt das Gleiche bei der Ehelichkeitserklärung; es kann dem unehelichen Vater unmöglich gestattet sein, dem Annehmenden seine wohlbegründeten Rechte wieder zu entziehen. Freilich wird hierdurch vielleicht manchmal eine Legitimation, zu der sich der Vater sonst entschlossen haben würde, vereitelt, aber diese Befürchtung allein darf nicht maßgebend sein. Sind doch durch den Eintritt des Kindes in die Adoptivfamilie, die sich aus der Rechtsstellung des unehelich Geborenen ergebenden Gefahren und Nachtheile, welche die Veranlassung zur Aufnahme der Legitimation in das BGB. gebildet haben, zum großen Theile abgewendet, und eine stärkere Berücksichtigung des natürlichen Bandes zwischen dem Erzeuger und seinem Abkömmling könnte leicht die nicht weniger unerwünschte Wirkung einer Abschreckung von der Annahme Unehelicher haben. Hätte das Gesetz dieses Bedenken für unbegründet gehalten und das durch Adoption entstandene Rechtsverhältniß hinter dem aus der leiblichen Abstammung sich ergebenden zurücktreten lassen wollen, so hätte es dies ausdrücklich aussprechen müssen. Sein Schweigen berechtigt uns zu dem Schlusse, daß die Ehelichkeitserklärung auf die Beziehungen zwischen dem Annehmenden und dem

---

[1]) Vgl. Reichsgericht 30 S. 144, insbes. 146. Haidlen III S. 582 bis 83.

[2]) Dieselbe Ansicht vertheidigt für das gemeine Recht Reichsgericht 33 S. 196.

Kinde keinen Einfluß üben soll und ihre gewöhnlichen Folgen nur unbeschadet der Rechte des Annehmenden eintreten.

II. Die Entstehung der unehelichen Verwandtschaft. Kinder aus nichtigen Ehen.

§ 6.

I. Wenn auch die Thatsache der Erzeugung eines Kindes dieselbe bleibt, mögen die Eltern mit einander verheirathet sein oder nicht, so behandelt die Rechtsordnung sie doch in dem einen Falle anders als in dem anderen. Diese Verschiedenheit tritt schon bei dem Beweise der Abstammung zu Tage, die eheliche wird hierbei mehr begünstigt als die uneheliche. Schwierigkeiten kann selbstverständlich nur die Vaterschaft machen, denn „mater semper est certa", abgesehen von der Möglichkeit der Unterschiebung oder der Ableugnung des Kindes, der gegenüber mit gesetzlichen Vermuthungen nichts auszurichten ist. Zu Vorschriften, durch die dem Kinde der Nachweis seiner Erzeugung durch einen bestimmten Mann erleichtert wird, ist freilich nur Anlaß gegeben, wenn das Recht dem Vater überhaupt Pflichten gegen seinen unehelichen Abkömmling auferlegt, und ihr Inhalt wird wesentlich durch die Auffassung beeinflußt, von der aus es diese Pflichten für begründet erachtet. Das BGB. gewährt nun dem Kinde einen, wenngleich ziemlich beschränkten Anspruch auf Unterhalt gegen seinen Erzeuger, und zwar auf Grund der zwischen beiden bestehenden Blutsverwandtschaft. Daher kann nicht unter allen Umständen der Nachweis genügen, daß der in Anspruch Genommene innerhalb der kritischen Zeit der Mutter beigewohnt hat, wie vom Standpunkte der sog. Delictstheorie geboten wäre. Das Gesetz macht aber andererseits auch hier, wie bei der ehelichen Abstammung, nicht den unumstößlichen Beweis wirklich vorhandener Blutsbande zur Voraussetzung des Rechtsverhältnisses, sondern begnügt sich mit einem gewissen Grade der Wahrscheinlichkeit der Vaterschaft. Zur Begründung der Klage reicht nämlich im Allgemeinen die Thatsache des geschlechtlichen Verkehrs des Beklagten mit der Mutter des Kindes innerhalb der Empfängnißzeit aus (§ 1717). Letztere ist bei der unehelichen Erzeugung ebenso ausgedehnt bemessen, wie bei der ehelichen und ist ganz nach den früher

(S. 3 ff.) dargestellten Grundsätzen zu berechnen. Nur die Bestimmung des § 1592 Abs. 2 ist hier nicht wiederholt, woraus geschlossen werden muß, daß selbst der Nachweis einer ausnahmweise langen Dauer der Schwangerschaft dem Kinde keine Rechte zu verschaffen vermag, eine Unbilligkeit, deren Grund nicht einzusehen ist. Die gesetzliche Empfängnißzeit ist auch hier gleichmäßig für lebensfähige wie für voll ausgetragene Kinder maßgebend. Eine vor dem 6. Monate der Schwangerschaft erfolgende Fehlgeburt braucht nicht in Betracht gezogen zu werden, da sie nicht am Leben erhalten werden kann, und also kein Unterhaltsanspruch entsteht. Und wenn die Mutter von ihrem Schwängerer Ersatz der Entbindungskosten u. s. w. begehrt, wozu sie in diesem Falle zwar nicht nach § 1715, aber vielleicht nach § 825 berechtigt ist, so muß sie den durch keine gesetzliche Vermuthung erleichterten Beweis übernehmen, daß der Beklagte der Urheber der fraglichen Schwangerschaft ist. Gegen den nach § 1717 begründeten Unterhaltsanspruch kann der Beklagte, ebenso wie der Ehegatte der Mutter, sich durch den Gegenbeweis vertheidigen, es sei den Umständen nach offenbar unmöglich, daß die Mutter das Kind aus der ihm zur Last fallenden Beiwohnung empfangen habe. Außerdem aber wird er hier frei, wenn er darthut, daß noch ein Anderer ihr innerhalb der Empfängnißzeit beigewohnt hat, er müßte denn seine Vaterschaft nach der Geburt des Kindes in einer öffentlichen Urkunde anerkannt haben (§ 1718). Dadurch wird allerdings die Wahrscheinlichkeit seiner Vaterschaft erheblich abgeschwächt, wenn auch zweifelhaft sein mag, ob dieser Umstand sowie die von den Motiven[1]) für die Zulassung der exc.

[1]) Die Motive (Haidlen III S. 575) berufen sich vor Allem auf die schwere Ungerechtigkeit, die darin liege, daß Jemand, dessen Vaterschaft völlig ungewiß ist, zur Ernährung eines vielleicht fremden Kindes genöthigt werde. Allein bei dem Manne, dessen Frau sich eines Ehebruches schuldig gemacht hat, legt man auf diese Unbilligkeit kein Gewicht, und sodann ist die Folge der Zulassung der exceptio, daß das Kind gar nichts erhält. Es stehen sich hier zwei entgegengesetzte Interessen gegenüber, von denen durch die gesetzliche Regelung, wie sie auch ausfallen mag, nothwendig eines verletzt wird. Und da dürfte dasjenige des Kindes mehr Berücksichtigung verdienen, als dasjenige des Beklagten, der sich doch jedenfalls eine Unsittlichkeit hat zu Schulden kommen lassen. Daß ferner die Mutter in der Lage sein würde, unter den mehreren Männern denjenigen auszuwählen, welcher ihr wegen seines Vermögens als der angemessenste erscheint, dürfte kein so großes Unglück

plurium concumbentium weiter angeführten Gründe wirklich durchschlagend sind. Der vom Gesetz geforderte Nachweis ist nicht nur dann erbracht, wenn ein bestimmter Anderer benannt zu werden vermag, dem die Mutter gleichfalls die Beiwohnung gestattet hat, sondern schon dann, wenn Umstände dargethan werden, aus denen mit Nothwendigkeit auf den Beischlaf mit einem Unbekannten geschlossen werden muß, z. B. schon vorhandene Schwangerschaft der Mutter zur Zeit, wo der in Anspruch Genommene geschlechtlich mit ihr verkehrt hat. Eine besondere Abart dieser Einrede bildet die Berufung darauf, daß die Mutter eine Ehefrau ist, wenn das Kind nach den für die eheliche Abstammung geltenden Rechtssätzen als Abkömmling des Ehemannes gilt. Aus diesen Beispielen erhellt übrigens, daß der Beweis beider Einreden thatsächlich zusammenfallen kann. Denn wenn die Entbindung gegen das Ende der (wirklichen) Empfängnißzeit fällt, während die von dem Beklagten vorgenommene Beiwohnung nur wenig mehr als 180 Tage vorher stattgefunden hat, so beweist die allerdings selbständig festzustellende Schwangerschaft sowohl, daß das Kind unmöglich durch diese Beiwohnung empfangen sein kann, als auch, daß ein Anderer der Mutter innerhalb der kritischen Zeit beigewohnt hat. Der Entw. I § 1572 berücksichtigte den Fall der schon stattgehabten Empfängniß ausdrücklich in der Weise, daß er bestimmte, wenn die Mutter während der gesetzlichen Empfängnißzeit von einem Kinde entbunden

sein. Die verführerische Versuchung zu Erpressungsversuchen der Mutter ist nicht größer, als bei dem entgegengesetzten Rechtszustande; eine Abfindungssumme wird fast ebenso häufig aus Furcht vor einem beschämenden Rechtsstreite gezahlt werden, als um der Gefahr, die ganzen Unterhaltskosten zahlen zu müssen, zu entgehen. Und daß eine Frauensperson, welche einen Fehltritt begangen hat, sich bei Ausschluß der exceptio leichter veranlaßt finden könne, sich noch anderen Männern hinzugeben, um ihre Lage zu verbessern, ist nur selten anzunehmen. Handelt sie so sehr mit kühler Berechnung und nicht aus Liebe oder Sinnlichkeit, so wird sie sich regelmäßig von vornherein einen zahlungsfähigen Mann aussuchen, oder dafür sorgen, daß dem zweiten Zuhälter die erste Beiwohnung nicht bekannt wird. Vor Allem aber ist es unbillig, ein derartiges schändliches Verhalten der Mutter zu Ungunsten des Kindes wirken zu lassen. Vorkommen wird es doch überhaupt nur dann, wenn die Mutter eine Beihülfe zum Unterhalte des Kindes braucht; der eigentlich leidende Theil bleibt daher das Kind, indem es voraussichtlich jetzt schlechter verpflegt wird, als wenn ihm ein Unterhaltsanspruch unter Ausschluß der exceptio gewährt würde.

sei, so gehöre die vor die Entbindung fallende Zeit nicht zur Empfängnißzeit des nachher geborenen Kindes. Daß diese Vorschrift im BGB. fehlt, ist gewiß nicht durch eine Mißbilligung ihres Inhaltes veranlaßt, sondern dadurch, daß man sie mit Recht für selbstverständlich hielt. Sie ist aber insofern interessant, als sie beweist, daß sich unter Umständen der Beklagte auf die Erzeugung eines älteren Kindes berufen kann, um seine Unterhaltspflicht in Bezug auf ein später geborenes Kind abzulehnen. Die Unmöglichkeit der Abstammung aus der dem Beklagten zur Last fallenden Beiwohnung kann weiter bewiesen werden durch seine Zeugungsunfähigkeit, sowie nach den früher (S. 5 ff., 20) dargelegten Grundsätzen aus der Reife des Kindes. Dagegen ist die Behauptung, daß der angebliche Vater zur Zeit der Beiwohnung unzurechnungsfähig gewesen sei, unerheblich, weil ja das BGB. nicht von der Delictstheorie ausgeht, sondern von der thatsächlichen Blutsverwandtschaft, die durch Unzurechnungsfähigkeit nicht ausgeschlossen wird. Der Beweis der Unmöglichkeit kann übrigens von beiden Parteien verwendet werden [1]), seitens des Beklagten, um seine Haftung abzulehnen, seitens des klagenden Kindes, um die aus der Beiwohnung eines Anderen entnommene exceptio plurium zu widerlegen. Es ist sogar die Meinung aufgestellt worden, daß der zweite Satz des § 1717 Abs. 1 sich nur auf diese exceptio beziehe [2]), wonach dem Beklagten nur diese Einrede und auch sie nur in beschränkter Weise zur Seite stände. Allein nothwendig ist diese Auslegung nach dem Wortlaute des Gesetzes nicht. Gegen sie spricht aber der Vergleich mit § 1591, dem § 1717 offensichtlich nachgebildet ist. Es wäre auch völlig unerklärlich, wenn der Gesetzgeber eine Bestimmung getroffen hätte, die dem in Anspruch Genommenen in unbilliger Weise eine vom Standpunkte der Verwandtschaftstheorie aus wohlbegründete Einrede abschnitte, dagegen dem Kläger einen auf derselben Erwägung beruhenden Einwand gegen die Einrede der mehreren Zuhälter gewährte. Wird der Mangel des ursächlichen Zusammenhanges zwischen Beiwohnung und Geburt des Kindes zu Ungunsten des angeblichen Erzeugers berücksichtigt, so muß es auch zu seinen Gunsten in Be-

[1]) Vgl. Haidlen III S. 576. Uebereinstimmend Hirsch, Die Rechtsverhältnisse der unehelichen Kinder S. 69 ff. Matthiaß II S. 269, 270.

[2]) Fischer-Henle. Anm. 5 zu § 1717.

tracht gezogen werden. — In einem Rechtsstreite über die uneheliche Vaterschaft sind die Bestimmungen der CPrO. in Betreff eines Processes über die eheliche Abstammung (vgl. oben § 2 II 1) nicht anwendbar (CPrO. § 644).

II. Kinder, die einer nichtigen Ehe entstammen, würden nach strengem Rechte als uneheliche zu behandeln sein. Schon das kanonische Recht[1]) ist jedoch hiervon abgewichen und hat sie, falls beide Eltern oder wenigstens einer von ihnen in gutem Glauben gewesen war, den ehelichen Kindern gleichgestellt, weil sie „non debent exinde (nämlich aus der Ungültigkeit der Eheschließung ihrer Erzeuger) sustinere iacturam" oder, wie eine andere Stelle sagt, „in favorem prolis". Die innere Berechtigung dieses Billigkeitssatzes ist nicht unzweifelhaft, da schwer einzusehen ist, wie aus der Ueberzeugung des Einen, eine rechtmäßige Handlung vorzunehmen, sich Folgerungen für einen Anderen ergeben können. Daß man sich mit einer derartigen Berücksichtigung der Interessen der Abkömmlinge auf ein schwankendes Gebiet begiebt, beweist der Umstand, daß das Preuß. LR. (II 2 §§ 50—57) durch sie sich noch einen Schritt weiter hat führen lassen und den aus einer nichtigen Ehe erzeugten Kindern, falls diese nur äußerlich in der vorgeschriebenen Weise geschlossen ist, in Ansehung ihrer unmittelbaren Eltern alle Rechte ehelicher Kinder gewährt. Soweit ist das BGB. nicht gegangen, sondern hält sich an den geschichtlichen Ausgangspunkt des Rechtssatzes und an das Beispiel der Mehrzahl der neueren Gesetzgebungen. In diesem Umfange läßt sich die Bestimmung auch wohl durch eine Erwägung rechtfertigen, die allerdings von dem Beweggrunde des kanonischen Rechtes etwas abweicht. Die Motive sprechen von Reflexwirkungen des Institutes auf die Eltern und heben hervor, daß es namentlich für die Frau keineswegs gleichgültig sei, ob ihr Kind als ein eheliches oder außereheliches gelte. Selbst wenn sie bei der Entbindung gestorben ist, wird dieser Gesichtspunkt noch wirksam, oder es durften wenigstens derartige Fälle als seltene Ausnahmen bei der Aufstellung der Regel unbeachtet gelassen werden.

Ein Kind aus einer nichtigen Ehe, das im Falle ihrer Gültigkeit ehelich sein würde, gilt nach BGB. als ehelich, sofern nicht beide

[1]) c. 2. 8. 14 X qui filii sint legitimi 4, 17 (c. 15 eod. behandelt einen ähnlichen Fall, aber nur „utilitate publica suadente").

Ehegatten die Nichtigkeit bei der Eheschließung gekannt haben (§ 1699). Das Kennenmüssen steht der Kenntniß nicht gleich, daher schließt unentschuldbarer Irrthum, auch Rechtsirrthum, die Anwendung der gesetzlichen Bestimmung nicht aus. Wie bereits in anderem Zusammenhange bemerkt ist, erstreckt sich die Wirkung dieses Rechtssatzes nach § 1721 sogar auf Kinder, die vor dieser ungültigen Eheschließung erzeugt sind, aber durch nachfolgende Ehe ihrer Eltern legitimirt werden würden, wenn diese Verbindung den gesetzlichen Vorschriften entspräche. Auch das macht keinen wesentlichen Unterschied, ob die Ungültigkeit der Ehe in Nichtigkeit oder in Anfechtbarkeit besteht, da nach BGB. § 1343 eine mit Erfolg angefochtene Ehe als von Anfang an nichtig anzusehen ist, und da nach dem dort angezogenen § 142 Abs. 2 der Ehegatte, der die Anfechtbarkeit kannte (oder kennen mußte), so behandelt wird, als wenn er ihre Nichtigkeit gekannt hätte (oder hätte kennen müssen). Hiernach müßten, wenn die Anfechtung wegen Drohung (BGB. § 1335) erfolgt, die Kinder fast ausnahmslos der Wohlthat des Gesetzes verlustig gehen, weil dem Bedrohten dieser Anfechtungsgrund im Zeitpunkte der Eheschließung mit Nothwendigkeit bekannt ist, und die Drohung meist von dem anderen Ehegatten ausgeht oder unter seinem Mitwissen erfolgt. Deshalb schreibt § 1704 vor, daß in diesem Falle der anfechtungsberechtigte Ehegatte einem Ehegatten gleichstehen solle, dem die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschließung unbekannt war. Bei dem Ehehinderniſſe des Irrthums (BGB. §§ 1332, 1333) und des Betruges (§ 1334) muß der getäuschte Ehegatte sich in gutem Glauben befinden; den Kindern aus einer solchen Verbindung kommt also stets die Bestimmung des § 1699 zu Gute.

Entscheidend ist — abweichend vom gemeinen Rechte — allein die Kenntniß oder Unkenntniß der Eltern im Zeitpunkte der Eheschließung (§ 1699 „bei der Eheschließung"). Daß sie nachträglich das Vorliegen eines Ehehinderniſſes erfahren, schadet selbst den später erzeugten Kindern nicht. Auf diese Weise wird erzielt, daß die sämmtlichen Abkömmlinge aus einer und derselben Verbindung gleich behandelt werden, was wegen ihres Verhältniſſes zu einander und zu den Eltern wünschenswerth ist, obgleich so ein bewußtes Concubinat die Rechtswirkungen einer echten Ehe zu erzeugen vermag.

Dagegen liegt nach dem Gesetz (§ 1699 Abs. 2) eine Putativehe nicht vor, wenn die Nichtigkeit der Ehe auf einem Formmangel

beruht und die Ehe nicht in das Heirathsregister eingetragen worden ist, ohne Rücksicht auf guten oder schlechten Glauben der Eltern. Ein Irrthum über die Gültigkeit einer solchen Eheschließung wird auch kaum vorkommen, selbst nicht bei Ausländern, die sich in Deutschland aufhalten, weil alle christlichen Völker, soweit sie nicht die Civilehe haben, eine kirchliche Trauung verlangen, diese aber nach § 67 des RG. vom 6. Februar 1875 erst nach der standesamtlichen Eheschließung erfolgen darf. Falsche Vorspiegelungen über die amtliche oder kirchliche Stellung Desjenigen, der die Eheschließung vornimmt, spielen wohl in Romanen eine größere Rolle als im wirklichen Leben.

Die Grundsätze des BGB. kommen nach E. G. Art. 18 auch bei einer im Auslande eingegangenen Ehe zur Anwendung, wenn der Ehemann der Mutter zur Zeit der Geburt des Kindes Deutscher ist oder, falls er vor der Geburt gestorben ist, zuletzt Deutscher war. Da aber bei einer solchen Ehe entsprechend E. G. Art. 13 Abs. 3 in Bezug auf die Form das ausländische Recht maßgebend ist, so ist auch nach diesem zu beurtheilen, in welcher Weise eine Eintragung in das Heirathsregister zu erfolgen hat, namentlich, ob nicht die Eintragung in die Kirchenbücher genügt.

Zweiter Abſchnitt.

Der Inhalt des Rechtsverhältniſſes zwiſchen Eltern und Kindern.

I. Im Allgemeinen.

§ 7.

Den Begriff des ius naturale erläuternd, ſagt Ulpian in fr. 1 § 3 D. 1, 1: „hinc (descendit) liberorum procreatio, hinc educatio; videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam, istius iuris peritia censeri.“ Das Verhältniß zwiſchen Eltern und Kindern erzeugt Wirkungen, die nicht erſt durch die Rechtsordnung geſchaffen ſind, ſondern gleichſam mit Naturnothwendigkeit eintreten. Wie die Thiere ihre Jungen großziehen und geſchickt machen, ihr Leben ſelbſtändig zu erhalten, ſo ſorgen auch die Menſchen für ihre Kinder, bis ſie erwachſen ſind, ohne daß ihnen dies erſt von anderer Seite befohlen zu werden braucht. Und die ſittliche Natur des Menſchen bewirkt, daß die Kinder die Pflege durch Liebe und Dankbarkeit erwidern. Daher hat auch das Recht nur inſoweit Veranlaſſung zum Eingreifen, als es vorkommen kann, daß ſich im einzelnen Falle die natürlichen und ſittlichen Antriebe zur Erfüllung der gegenſeitigen Pflichten als ungenügend erweiſen, und zugleich die letzteren geeignet ſind, zwangsweiſe durchgeführt zu werden, oder als es ſich um Beziehungen zu Dritten handelt. Dabei würde weniger von Rechten als von Verbindlichkeiten die Rede ſein, und die Stellung des Vaters und der Mutter dürfte im Weſentlichen als gleichartig angeſehen werden. Eine von dieſen Erwägungen aus-

gehende Gesetzgebung würde zur Aufstellung eines einheitlichen Verhältnisses zwischen Eltern und Kindern gelangen und die Rechte beider Theile nur als Gegenstücke zu den ursprünglicheren Pflichten auffassen. Die geschichtliche Entwicklung hat aber einen ganz anderen Weg genommen, den uns wieder ein Vergleich mit der Thierwelt verständlich macht. In dieser betheiligt sich der männliche Erzeuger an der Sorge für die Jungen nur dann, wenn er mit der Mutter in einer länger dauernden Gemeinschaft lebt. Aehnlich ist es auch bei den Menschen, nur setzt die Rechtsordnung bei ihren Bestimmungen nicht blos ein thatsächliches Zusammenleben der Eltern voraus, sondern ein solches, das sie als Rechtsverhältniß anerkennt. Mag in der Urzeit die physische Ueberlegenheit des Mannes zur Herrschaft über die Frau und die Kinder als einem rein natürlichen Verhältnisse geführt haben, später erscheint seine Herrschaft als rechtliche Folge der Ehe und als Kennzeichen, durch das diese sich von rechtloser Verbindung zwischen Mann und Weib unterscheidet. Dementsprechend wird die Gewalt des Vaters über die Kinder geordnet, nur mit seinen Befugnissen ihnen gegenüber beschäftigt sich das Recht. Die durch Abstammung hervorgerufenen Verhältnisse gehen in der väterlichen Gewalt auf, und der durch diese Betrachtungsweise vorgezeichnete Inhalt und Umfang der fraglichen Rechtssätze wird erst sehr allmählich durch die Berücksichtigung der elterlichen Rechte und Pflichten oder, anders ausgedrückt, der natürlichen Ansprüche der Kinder geändert und gemildert. Dies ist der Gang der Entwicklung sowohl bei den Römern wie bei den Deutschen. In ihrer ältesten Gestalt ist die väterliche Gewalt bei beiden völlig unbeschränkt und läßt neben sich weder Rechte der Frau noch der Kinder zu. Aber ihre Härte wird nach und nach gemildert, und während die Aenderung des Zustandes zu Gunsten der Kinder sich nur negativ in einer Einschränkung der väterlichen Rechte zeigt, erhält die Mutter positiv einen Antheil an einzelnen Befugnissen. Aus der väterlichen Gewalt scheiden so, wenn auch nicht in sehr erheblichem Umfange, elterliche Rechte aus. Noch die Gestalt unserer Lehre im BGB. wird durch diesen Gang der Geschichte beeinflußt. Die sich auf das Rechtsverhältniß im Allgemeinen beziehenden Bestimmungen sind wenig zahlreich, durchaus im Vordergrunde steht die väterliche oder, wie sie jetzt heißt, elterliche Gewalt. Diese Gewalt ist aber nicht in dem Verhältnisse zwischen Eltern und

Kindern fremdes Gebilde. Denn der Vater ist jetzt nicht mehr ihr einzig denkbarer Inhaber, sie kann vielmehr ebenso gut der Mutter zustehen, ja, diese nimmt bis zu einem gewissen Grade neben dem Vater an ihr Theil. Daß in der Hauptsache immer nur Einer von beiden, entweder der Vater oder die Mutter, Gewalthaber ist, steht ihrer Auffassung als elterliches Recht nicht entgegen. Auch bei der Einwilligung zur Verheirathung der Kinder liegt die Sache ebenso, desgleichen bei der Verpflichtung zur Gewährung einer Aussteuer für die Töchter. Insofern steht also die Gewalt auf derselben Stufe mit den sonstigen aus unserem Rechtsverhältnisse sich ergebenden Rechten und Pflichten und unterscheidet sich von ihnen höchstens durch ihre größere Wichtigkeit. Allein sie bildet doch einen eigenthümlich gearteten selbständigen Bestandtheil in jenem. Denn die allgemeinen Rechte gebühren dem Vater oder der Mutter ohne Rücksicht darauf, ob sie die elterliche Gewalt besitzen, ja selbst wenn eine solche gar nicht besteht, wie z. B. bei unehelichen Kindern, und sie müssen Einem von ihnen zustehen. Die elterliche Gewalt dagegen kann ohne Beeinträchtigung der allgemeinen Rechte verlorengehen und kann Beiden oder dem einzig Lebenden fehlen; der Verlust kann ein endgültiger und völliger sein z. B. bei der Verwirkung der Gewalt nach § 1680, während die allgemeinen Rechte nur für einen einzelnen Fall aufgehoben werden dürfen, wie etwa die elterliche Einwilligung zur Eingehung einer Ehe nach BGB. § 1308 durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden kann, ohne daß damit das Einwilligungsrecht in Bezug auf eine spätere Ehe beeinträchtigt würde.

Hiernach werden zunächst diejenigen Wirkungen des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern zu besprechen sein, die sich sowohl auf den Vater, wie auf die Mutter beziehen, und sodann die besonderen Rechte des Inhabers der elterlichen Gewalt. Dabei macht die richtige Einreihung des Erziehungsrechtes Schwierigkeiten. Das gemeine Recht behandelte es als gemeinsames Elternrecht, das BGB. ordnet es bei Gelegenheit der Bestimmungen über die elterliche Gewalt, schließt sich aber inhaltlich an den früheren Rechtszustand an (vergl. §§ 1634, 1635). Wenn unsere Darstellung dem Gesetze folgt, so ist hierfür vor Allem der Grund maßgebend gewesen, daß so die rechtlichen Folgen der Auffassung des BGB. deutlicher hervortreten.

II. 1. Einige von Rechtswegen eintretende Wirkungen der Beziehungen zwischen Eltern und Kindern enthalten zunächst andere Reichsgesetze außerhalb des BGB. Nach beiden Proceßordnungen sind Kinder in Sachen der Eltern und umgekehrt von der allgemeinen Verpflichtung zur Zeugnißablegung befreit (CPrO. § 383 Nr. 3, StPO. § 51 Nr. 3). Ein Diebstahl oder eine Unterschlagung, von Eltern gegen Kinder begangen, bleibt straflos, und wird, wenn er von Kindern gegen Eltern begangen ist, nur auf Antrag verfolgt (StGB § 247). Dagegen bildet bei dem Todtschlag und bei der Körperverletzung die Eigenschaft des Thäters als Abkömmling des Verletzten, nicht auch das Verwandtschaftsverhältniß in der umgekehrten Richtung, einen Strafschärfungsgrund (StGB. §§ 215, 223 Abs. 2).

2. Die aus der ehelichen Abstammung naturgemäß entspringende gegenseitige Zuneigung kann, wo sie fehlt, nicht erzwungen werden, aber gewisse äußerliche Bethätigungen fordert das BGB. Hierher gehören die Unterhaltspflicht und die Verbindlichkeit bei Anordnung einer von dem Gesetz abweichenden Erbfolge durch Verfügung von Todeswegen, die Abkömmlinge oder die Eltern mit einem Pflichttheil zu bedenken (§ 2303), sowie andererseits die Ausnahmen hiervon wegen Verfehlungen der Berechtigten gegen den Erblasser (§§ 2333, 2334). Nur theilweise hierher zu rechnen ist, daß nach § 204 die Verjährung von Ansprüchen zwischen Eltern und Kindern während der Minderjährigkeit der Kinder gehemmt ist. Denn wenn diese Vorschrift ausschließlich auf Pietätsrücksichten beruhte, so müßte sie nicht blos für die Dauer der Minderjährigkeit der Kinder gelten. Neben jenen ist vielmehr in überwiegendem Maße die Erwägung von Einfluß gewesen, daß es ohne die Bestimmung zu einem Rechtsstreite zwischen dem Kinde und seinem gesetzlichen Vertreter kommen würde oder letzterer gezwungen sein könnte, gegen seinen Ehegatten klagend aufzutreten. Immerhin wirkt aber auch das innige Verhältniß zwischen den betheiligten Parteien bei der Vorschrift mit. Endlich ist daran zu erinnern, daß zu einer Annahme an Kindesstatt, solange das Kind noch nicht das einundzwanzigste Lebensjahr vollendet hat, die Einwilligung seiner Eltern und zu einer Ehelichkeitserklärung unter derselben Voraussetzung die der unehelichen Mutter nothwendig ist (vergl. oben § 5 I 2c und § 4 I 3).

3. Die Zugehörigkeit der ehelichen Eltern tritt äußerlich darin hervor, daß sie den Familiennamen des Vaters als des Hauptes der Familie erhalten [1]). Das Gleiche gilt für Legitimirte und an Kindesstatt Angenommene, die ja die rechtliche Stellung jener theilen (vergl. oben § 3 II, § 4 II, § 5 II 1). In dieser Bestimmung des § 1616 liegt nicht nur die Anerkennung einer Sitte oder die Bekräftigung einer dem öffentlichen Rechte angehörenden Ordnungsvorschrift, sondern die Verleihung eines durch BGB. § 12 geschützten bürgerlichen Rechtes. Die allgemein herkömmliche Beilegung eines die einzelnen Familienmitglieder unterscheidenden Vornamens wird vom Gesetz nicht berücksichtigt. Ein rechtliches Interesse knüpft sich an sie auch nur insoweit, als bei einer Meinungsverschiedenheit der Eltern die Frage entstehen kann, wessen Wille entscheidet. Da die Bestimmung des Vornamens als ein Ausfluß der Fürsorge für das Kind, dessen Fortkommen im Leben ohne ein solches Merkmal behindert sein würde, aufgefaßt werden darf, so findet der letzte Satz des § 1634 Anwendung, und die Meinung des Vaters geht vor.

III. Im Anschluß an die Sitte und das bisherige Recht gewährt das Gesetz den Töchtern einen Anspruch auf eine angemessene Aussteuer (§ 1620). Voraussetzung ist jedoch, daß sie kein zu ihrer Beschaffung ausreichendes Vermögen besitzen. Um beurtheilen zu können, ob dies der Fall ist, muß man zunächst untersuchen, welchem Zwecke die Aussteuer dienen soll. Die römische dos wurde „ad onera matrimonii sustinenda“ gegeben, war also ein Beitrag zur Aufrechterhaltung eines standesgemäßen Haushaltes der Eheleute [2]). Beide Gatten schossen gleichsam ein Vermögen zusammen, aus dessen Einkünften die Kosten des gesammten ehelichen Lebens bestritten werden konnten. Nach deutscher Auffassung dagegen ist der Mann verpflichtet, allein die Familie zu erhalten, und es besteht nur eine feste Sitte dahin, daß die Frau dem Manne diejenigen Gegenstände mitbringt, die zur Einrichtung des Hausstandes an Mobilien, Leinenzeug u. s. w., sowie zur Befriedigung ihrer persönlichen Bedürfnisse,

---

[1]) Für die landesherrlichen Familien und den hohen Adel kann nach Art. 57, 58 des EG. z. BGB. durch die Hausverfassungen oder die Landesgesetze Abweichendes angeordnet sein.

[2]) fr. 60, 69 § 4, 5 D. 23, 3; fr. 43 D. 31.

vor Allem ihrer Kleidung und ihres Schmuckes für die erste Zeit der Ehe dienen. Reicht daher das eigene Vermögen der Tochter zur Beschaffung dieser Gegenstände aus, so hat sie keine Ansprüche gegen ihre Eltern. Namentlich kann sie nicht verlangen, daß ihr bei unzureichendem Einkommen ihres Mannes so viel Vermögen gewährt werde, wie zu einer standesgemäßen Lebensführung erforderlich ist. Daß das BGB. mit der Bezeichnung Aussteuer einen anderen weitergehenden Sinn verbunden habe, ist um so weniger anzunehmen, als § 1620 ausdrücklich hinzufügt „zur Einrichtung des Haushaltes".

Verpflichtet, die Aussteuer zu gewähren, ist in erster Linie der Vater, wenn er bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen ohne Gefährdung seines und seiner übrigen Familie standesmäßigen Unterhaltes dazu im Stande ist. Dabei ist nicht nur sein Einkommen in Betracht zu ziehen, sondern auch der Stamm seines Vermögens. Innerhalb der angegebenen Grenzen muß er selbst ihn angreifen und umgekehrt von seinen Einnahmen opfern, ohne sich auf die Geringfügigkeit des Capitals berufen zu dürfen. Zu ihnen sind auch die Erträge seiner Nutznießung am Vermögen seiner Kinder und beim gesetzlichen Güterstande am Vermögen seiner Ehefrau zu zählen. Lebt er in allgemeiner oder beschränkter Gütergemeinschaft mit seiner Frau, so ruht die Verpflichtung auf dem Gesammtgute und richtet sich in ihrem Umfange nach dessen Größe, nicht nach dem ihm daran zustehenden ideellen Antheile. Ob die auszustattende Tochter aus dieser oder aus einer früheren Ehe stammt, ist einflußlos, denn diese vollständigste Vereinigung des beiderseitigen Vermögens hat zur Folge, daß sich die Verpflichtung eines Ehegatten seinen Kindern gegenüber so bemißt, als wenn das Gesammtgut ihm allein gehörte, und daß, wenn jeder von beiden Kinder hat, diese zu behandeln sind, als ob sie gemeinschaftliche Abkömmlinge wären (§§ 1620 Abs. 2, 1604).

Ist der Vater zur Gewährung der Aussteuer außer Stande oder gestorben, oder ist die Rechtsverfolgung gegen ihn im Inlande ausgeschlossen oder erheblich erschwert[1]), so geht die Verbindlichkeit in demselben Umfange auf die Mutter über. Bei allgemeiner Güter-

[1]) In dem zuletzt angeführten Falle hat sie ein Rückgriffsrecht gegen den Vater vgl. §§ 1620 Abs. 2, 1607 Abs. 2.

gemeinschaft der Eltern wird sie allerdings, wenn der Vater unvermögend ist, ebenfalls nicht in der Lage sein, die Tochter auszustatten, sie müßte denn ein erhebliches Vorbehaltsgut besitzen; häufiger wird sie bei Errungenschaftsgemeinschaft oder Fahrnißgemeinschaft herangezogen werden können, sowie bei dem gesetzlichen Güterstande und Gütertrennung. Falls sie zum zweiten Male verheirathet ist, kommt für die Ausstattung einer Tochter erster Ehe bei Gütergemeinschaft der vorhin angegebene Grundsatz gleichfalls zur Anwendung, bei gesetzlichem Güterstande muß das Recht des Mannes auf die Nutznießung am Vermögen seiner Frau dem Anspruche des Kindes, soweit erforderlich, weichen (§§ 1620 Abs. 2, 1604 Abs. 1).

Es soll eine angemessene Aussteuer gegeben werden. Hiernach entscheidet über den Umfang Dessen, was verlangt werden darf, zunächst die Größe des elterlichen Vermögens, wobei der Zeitpunkt der Entstehung der Verpflichtung, d. h. der Eheschließung maßgebend ist. Die Höhe der einer früher verheiratheten Tochter gewährten Aussteuer giebt einer anderen kein Recht auf eine gleiche Leistung, wenn sich die Vermögensverhältnisse der Eltern inzwischen verschlechtert haben[1]). Selbst bei unveränderten Umständen würde jene nicht immer für das richterliche Ermessen bestimmend sein dürfen, da es ja den Eltern freisteht, mehr zu gewähren, als wozu sie verpflichtet sind, dagegen ein Zwang nur in Höhe der Verbindlichkeit gerechtfertigt ist. Ferner ist die Zahl der noch unvermählten Töchter in Betracht zu ziehen, während die Unterstützungsbedürftigkeit der übrigen Kinder unter dem Gesichtspunkte der Verpflichtungen zu berücksichtigen ist. Auch sollen ihre zukünftigen gleichen Erbtheile nicht geschmälert werden, soweit dies nicht dem eigenen Willen der Eltern entspricht; daher kann die Tochter nicht die Aufwendung einer größeren Summe auf ihre Aussteuer verlangen, als ihr Erbtheil beträgt. Für die übrigen unverheiratheten Töchter aber kann es nicht darauf ankommen, ob ein gleicher Anspruch schon jetzt begründet ist, oder ob sie noch keine Aussicht auf Verehelichung haben, vielleicht noch gar nicht erwachsen sind. Es ist freilich möglich, daß die Nothwendigkeit, für sie zu sorgen, überhaupt nie eintritt, und umgekehrt kann eine bereits vorhandene Wahrscheinlichkeit, daß sie sich bald gleichfalls verheirathen werden, nicht zu den sonstigen Verpflichtungen, deren das Gesetz er-

[1]) Seuffert 38 n. 318.

wähnt, gerechnet werden. Aber auch nicht aus diesem Grunde ist ihr eventueller Anspruch in Betracht zu ziehen, sondern weil eine Aussteuer nur dann als angemessen angesehen werden kann, wenn nicht durch ihre Größe die etwaigen späteren Ansprüche anderer Berechtigter beeinträchtigt werden. Es sind hier ähnliche Gesichtspunkte heranzuziehen, wie bei der querela inofficiosae donationis (BGB. § 2325). Endlich ist auch auf die Lebensstellung des Verlobten der Tochter Gewicht zu legen, insofern gesagt werden kann, daß letztere unter gewissen Umständen eine geringere Einrichtung braucht, unter anderen eine reichlichere. Doch kann dies nur innerhalb der Grenzen, die durch die Vermögenslage des Verpflichteten gezogen sind, von Einfluß werden. Und noch weniger ist der Reichthum oder die Vermögenslosigkeit des Bräutigams maßgebend, da die Eltern sich nicht durch Hinweis auf seine Wohlhabenheit ihrer Verbindlichkeit entziehen dürfen, und seine Armuth wohl die Bedürfnisse des jungen Paares, aber nicht seine Rechte zu steigern vermag. Die Beachtung der Gesammtheit dieser Umstände kann dahin führen, daß eine Tochter rechtlich eine größere Aussteuer zu beanspruchen hat als ihre Schwester. Ob die Eltern nicht thatsächlich auch der zweiten Tochter dasselbe gewähren, ist eine andere Frage.

Die Aussteuerpflicht leidet aber nicht blos in der eben besprochenen Richtung an einer gewissen Unbestimmtheit, sondern auch rücksichtlich des Gegenstandes der Leistung. Diese kann nach der Wahl der Eltern in Geld oder in Sachen erfolgen, und bei letzteren läßt sich nicht genau angeben, worin sie bestehen müssen. Dem Zwecke der Einrichtung des Hausstandes dienen je nach Umständen sehr verschiedenartige Gegenstände, und der Entscheidung des Verpflichteten muß hier ein weiter Spielraum gelassen werden. Nur darf sie nicht mit der Bestimmung der Aussteuer und den Bedürfnissen des jungen Ehepaares in Widerspruch stehen. Was für einen ländlichen Haushalt paßt, kann für eine städtische Wirthschaft völlig ungeeignet sein und wird vielleicht mit Recht von der Tochter zurückgewiesen. Dagegen hat sie diese Befugniß nicht bei einer sonstigen Meinungsverschiedenheit über die zweckmäßigste Zusammensetzung der Aussteuer, z. B. wenn die Eltern Leinenzeug in größerer Menge auswählen, die Tochter einen gewissen Vorrath an Kleidern bevorzugen würde, es müßte denn Dasjenige, was die Eltern leisten wollen, nach den Umständen geradezu unbrauchbar sein. Das Erforderniß der An-

gemessenheit der Aussteuer ist also auch hier anzuerkennen, hat aber nur eine negative Bedeutung, es darf nur nichts Unangemessenes gegeben werden.

Demnach liegt hier weder eine Speciesobligation, noch ein gewöhnliches generisches Schuldverhältniß vor. Dennoch besteht, wenn die Eltern Aussteuersachen leisten, eine solche Aehnlichkeit mit der Gattungsschuld, daß man gewiß BGB. § 243 Abs. 2 zur Anwendung bringen darf. Die Gefahr geht auf die Tochter über, sobald sie durch gehöriges Angebot der Leistung in Verzug versetzt ist oder, falls die Eltern die Uebersendung der Sachen an sie übernommen haben, sobald die Aussteuer dem Frachtführer u. s. w. übergeben ist[1]). Die Frage nach den Folgen einer etwaigen Eviction ist, da gewöhnlich für die Ausstattung neue Sachen gekauft werden, gegenüber den Bestimmungen des BGB. § 932 ff. und des (neuen) HGB. § 366 selten von praktischer Bedeutung, wo sie auftaucht allerdings nicht leicht zu beantworten. Die Anwendung des § 1624 Abs. 2, die am Nächsten läge, weil ja auch die Aussteuer unter den weiteren Begriff der Ausstattung fällt, verbietet sich dadurch, daß wohl die Ausstattung als Erfüllung einer klaglosen Verpflichtung der Schenkung gleichgestellt werden konnte, nicht aber die Aussteuer, deren Gewährung erzwungen werden darf. Auch würde die gegentheilige Ansicht zu dem unannehmbaren Ergebnisse führen, daß der Geber der Aussteuer nur für Arglist und grobe Fahrlässigkeit haften würde, im Uebrigen dagegen für einen Mangel im Rechte auch nicht einmal durch die Pflicht zur Gewährung einer anderen Sache haften würde, was bei einem wirklichen Schuldner unbegreiflich wäre. Allgemeine Grundsätze über die Gewährleistungspflicht bei Verträgen, auf welche die Motive[2]) zu § 1624 verweisen, bestehen im BGB. abweichend von Entw. I überhaupt nicht. Die für die entgeltlichen Verträge gegebenen Bestimmungen (BGB. § 440) passen nicht ohne Weiteres, weil weder der Leistung ein Vertrag zu Grunde liegt, noch ein Entgelt für sie zu gewähren ist, und aus denselben Gründen auch nicht die Vorschriften über die Hingabe an Erfüllungsstatt (BGB. § 365), endlich aber auch nicht die Grundsätze der Schenkung (BGB. § 523), weil die Absicht unentgeltlicher Bereicherung fehlt. Wohl aber wird die für das Vermächtniß einer nur der Gattung

[1]) Planck, Erl. 4 zu § 243. | [2]) Haiblen III S. 431—32.

nach bestimmten Sache aufgestellte Regel des BGB. § 2182 entsprechend angewendet werden dürfen. Die Eltern sind also verpflichtet, der Tochter Eigenthum an den übergebenen Sachen zu verschaffen, was auch mit der Natur der Sache übereinstimmt. Haben sie das, wenn auch ohne Verschulden, nicht gethan, so müssen sie mit den aus BGB. § 440 sich ergebenden Einschränkungen Schadensersatz wegen Nichterfüllung leisten und werden nicht unter allen Umständen durch Lieferung einer anderen Sache frei, mag auch meistens hierdurch der Zustand hergestellt werden, der bestehen würde, wenn von vornherein Eigenthum verschafft worden wäre [1]). Auch bei Mangelhaftigkeit der geleisteten Sache darf der von dem Gattungsvermächtniß handelnde § 2183 des BGB. entsprechend herangezogen werden. Es ist eine andere mangelfreie Sache zu liefern ohne Anspruch auf Schadensersatz, außer im Falle arglistigen Verschweigens des Fehlers. Dies darf um so gewisser angenommen werden, als auch beim Kaufe, abgesehen von besonderen Zusicherungen, der Käufer nur in dem angegebenen Ausnahmefalle Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen darf (BGB. § 480 Abs. 2).

Die Verpflichtung zur Gewährung einer Aussteuer tritt nicht ein,

1., wenn die Tochter sich ohne die erforderliche elterliche Einwilligung verheirathet (§ 1621 Abs. 1, vgl. unten V 1). Ist diese ohne wichtigen Grund verweigert und deshalb auf Antrag des Kindes durch das Vormundschaftsgericht ersetzt, so kann der Anspruch ungehindert geltend gemacht werden. Die Erwägung, daß die Eltern in derartigen Fällen geneigt sein könnten, der Tochter durch Versagung einer Ausstattung Schwierigkeiten in den Weg zu legen und auf einem Umwege ihren Willen gegen die Entscheidung des Gerichtes thatsächlich durchzusetzen, war gerade einer der Gründe, die zur Festsetzung der Aussteuerpflicht im Gesetz geführt haben [2]). Daraus folgt aber nicht, daß das Kind unter Berufung auf die Grundlosigkeit der Verweigerung des Consenses auch dann seinen Anspruch geltend machen dürfte, wenn es ihm gelungen ist, ohne Anrufung der Behörde die Eheschließung, etwa im Auslande, zu erreichen. Daß ein derartiges Vorgehen unzulässig ist, erhellt schon daraus, daß auf die nachträgliche Hergabe einer Aussteuer bei dem Proceßgericht geklagt werden

[1]) Vgl. BGB. § 249.

[2]) Haidlen III S. 429.

muß, während nicht dieses, sondern der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit über die Billigkeit oder Unbilligkeit der Versagung der Einwilligung zu entscheiden hat. Maßgebend ist übrigens allein die Zustimmung des nach § 1305 Berechtigten. Hat also z. B. der Vater sie ertheilt, kann aber der Tochter wegen Vermögenslosigkeit keine Aussteuer gewähren, so ist die wohlhabende Mutter dazu verpflichtet, selbst wenn sie triftige Gründe für einen von ihr gegen die Eheschließung erhobenen Widerspruch vorzubringen vermöchte. Und hat die Tochter bereits das 21. Lebensjahr zurückgelegt, ist also überhaupt nicht mehr an den Consens der Eltern gebunden, so steht ihr der Anspruch auf eine Aussteuer unbedingt zu, mag auch ihre Ehe nach vernünftigem Ermessen durchaus zu mißbilligen sein. Sie soll eben jetzt das Recht selbständiger Entschließung in dieser Beziehung haben, ohne daß ihr dieses durch Verweigerung der zur Begründung eines eigenen Hausstandes erforderlichen Mittel vereitelt werden dürfte.

2. Eine weitere Ausnahme besteht für den Fall, daß die Tochter sich einer Verfehlung schuldig gemacht hat, die den Verpflichteten berechtigt, ihr den Pflichttheil zu entziehen (§ 1621 Abs. 2). Die hierher gehörenden Gründe sind im BGB. § 2333 aufgezählt und werden bei Besprechung der Unterhaltspflicht (unten § 8 II 2 b) im Einzelnen erwähnt werden.

3. Endlich hat sie keinen Anspruch auf nochmalige Ausstattung, wenn sie für eine frühere Ehe eine solche von den Eltern erhalten hat (§ 1622). Das Bestreben, die Selbständigkeit der Kinder zu befördern, tritt hier vor der Befürchtung, die Eltern zu sehr zu belasten, zurück, und es macht deshalb auch keinen Unterschied, ob die erste Einrichtung durch das eigene Verschulden der Tochter oder durch einen unglücklichen Zufall untergegangen ist. Aber auch nur auf eine von Vater oder Mutter ihr gegebene Aussteuer braucht die Tochter sich verweisen zu lassen; hatte sie die Aussteuer von anderer Seite, z. B. von den Großeltern, erhalten, so kann sie nach deren Verlust bei Eingehung einer zweiten Ehe die Verpflichtung der Eltern geltend machen. Noch weniger kann gegenüber dem Wortlaute des § 1622 daran gedacht werden, ihr eine Klage gegen die Mutter zu gewähren, wenn sie zunächst vom Vater ausgesteuert war, dieser aber inzwischen verarmt ist, so daß, wenn die Verpflichtung der Eltern jetzt zum ersten Male entstände, sie gegen die Mutter geltend gemacht

werden müßte. Vater und Mutter sind offenbar nach der Auffassung des Gesetzes nicht zwei ganz verschiedene, selbständige Schuldner, sondern die Verbindlichkeit liegt *den Eltern*, gleichsam als Gesammtperson ob und wird nur je nach der Sachlage bald vom Vater, bald von der Mutter erfüllt, braucht aber immer nur einmal erfüllt zu werden. Ist die von anderer Seite empfangene Aussteuer während der Ehe untergegangen, so hat die Tochter gleichfalls keine Ansprüche an die Eltern, obwohl sie bisher von ihnen noch nichts bekommen hat. Denn der vorhin angegebene Beweggrund des Gesetzgebers erscheint jetzt nicht mehr zutreffend, nachdem sie durch ihre Verehelichung selbständig geworden ist, und wenn es auch für ihre Stellung als Hausfrau wünschenswerth sein mag, eine Einrichtung zu besitzen, so stellt doch das Gesetz eine Verbindlichkeit nur „im Falle ihrer Verheirathung" und „zur Einrichtung" auf, also nur bei Eingehung der Ehe. Ueberdies würde ihr Forderungsrecht fast stets schon durch Verjährung erloschen sein.

Nach § 1623 nämlich verjährt der Anspruch auf die Aussteuer in einem Jahre von der Eingehung der Ehe an. Er ist ferner, wie es auch der Natur der Sache entspricht, unübertragbar und demgemäß nach CPrO. § 851 auch nicht pfändbar, fällt auch nach KO. § 1 Abs. 4 nicht in die Konkursmasse der Tochter oder ihres Ehemannes (vgl. ebenda § 2). Der Tod der Berechtigten oder des Verpflichteten führt dagegen seinen Untergang nicht herbei, wie sich namentlich aus der Vergleichung mit dem von der Unterhaltspflicht (die im Uebrigen der Aussteuerverbindlichkeit sehr ähnlich ist) handelnden § 1615 ergiebt.

IV. Das BGB. ist nicht dem Beispiele der neueren Landesgesetzgebungen[1]) gefolgt, die im Gegensatz zum gemeinen Rechte auch zu Gunsten der Söhne eine Ausstattungspflicht der Eltern aufstellten. Man ging vielmehr davon aus, daß diese regelmäßig in der Lage seien, sich das zu ihrer Einrichtung Erforderliche selbst zu verdienen, und deshalb auch auf diesen Weg verwiesen werden dürften. Immerhin kommt es doch häufig vor, daß auch ihnen mit Rücksicht auf ihre Verheirathung oder auf die Erlangung einer selbständigen Lebensstellung zur Begründung oder Erhaltung der Wirthschaft oder

[1]) Stobbe IV § 260 Anm. 42, v. Roth, System II § 161 Anm. 39, Dernburg, Preuß. Privatrecht III § 46.

dieſer Lebensſtellung Vermögensſtücke von den Eltern zugewandt werden: auch bei Töchtern kann das Gleiche zu den letzteren Zwecken geſchehen. Die Abſicht der Eltern geht hierbei möglicherweiſe auf eine Schenkung oder auf Gewährung eines Darlehns oder auf Begründung eines anderen Rechtsverhältniſſes. Vielfach wird aber die Meinung der Parteien nicht klar zum Ausdruck gebracht, und für dieſe Fälle greift das Geſetz mit einer rechtlichen Vermuthung zum Vortheile der Kinder ein. Was in der angegebenen Weiſe dem Kinde zugewendet wird, gilt nach § 1624, auch wenn eine Verpflichtung nicht beſteht, nur inſoweit als Schenkung, als die Ausſtattung das den Umſtänden, insbeſondere den Vermögensverhältniſſen des Vaters oder der Mutter entſprechende Maß überſteigt [1]). Wird alſo ein Darlehn oder ein anderes Rechtsverhältniß behauptet, ſo iſt Derjenige, welcher hierauf Rechte gründet, beweispflichtig. Und das BGB. nimmt eine natürliche Verbindlichkeit der Eltern zur Gewährung einer angemeſſenen Ausſtattung an, eine Verbindlichkeit, die ſich nur durch den Mangel der Klagbarkeit von der Verpflichtung zur Ausſteuerung der Töchter unterſcheidet. Die Verwandtſchaft beider Begriffe zeigt ſich auch darin, daß, wenn einer Tochter bei ihrer Verheirathung eine Einrichtung gegeben wird, obwohl ſie keinen Anſpruch darauf hat, die Beſtimmung des § 1624 anwendbar wird. Die Frage, ob das Maß des Hingegebenen entſprechend iſt, beantwortet ſich nach dem Zweck der Ausſtattung, der Lebensſtellung des Kindes, der Größe des Vermögens der Eltern u. ſ. w., wobei ganz ähnliche Geſichtspunkte entſcheiden wie bei der Ausſteuer der Töchter. Iſt die hiernach zuläſſige Grenze nicht überſchritten, ſo gilt die Zuwendung nicht als Schenkung, bedarf zu ihrer Gültigkeit nicht der im BGB. § 518 vorgeſchriebenen Form, kann nicht aus den in §§ 528 - 30 angeführten Gründen widerrufen werden. Bei allgemeiner Gütergemeinſchaft und Fahrnißgemeinſchaft iſt der Mann nicht an die Einwilligung der Frau in ihre Vornahme gebunden (§§ 1443. 1446, vgl. § 1549), und es fällt im Verhältniß der Ehegatten zu einander die Ausſtattung, wenn es ſich um ein gemeinſchaftliches Kind handelt, dem Geſammtgute zur Laſt (§ 1465, was nach § 1538 auch für Errungenſchaftsgemeinſchaft gilt). Dieſelben Grund-

[1]) Zu beachten iſt, daß § 1624 nur für Ausſtattungen gilt, die von dem Vater oder der Mutter gewährt werden, nicht auch ſeitens anderer Aſcendenten.

sätze werden nach § 1465 Abs. 2 sogar bei nichtgemeinschaftlichen Kindern entsprechend anwendbar. Die Zuwendung ist im Erbrechte nicht nach § 2325 oder 2287, sondern nach § 2050 zu behandeln und unterliegt im Konkurs des Hingebenden nicht der Anfechtung nach KO. § 32 Nr. 1[1]) noch sonst § 3 Nr. 3 des RG. vom 21. Juli 1879 (jetzt vom 20. Mai 1898). Wegen eines Mangels im Rechte oder eines Fehlers der Sache ist dagegen nach den für den Schenker geltenden Vorschriften Gewähr zu leisten (§ 1624 Abs. 2), d. h. es wird nur für Arglist gehaftet und, wenn die Leistung eines erst zu erwerbenden Gegenstandes versprochen war, auch für grobe Nachlässigkeit, jedoch, falls es sich um eine nur der Gattung nach bestimmte Sache handelt, auf nicht mehr als die Lieferung einer fehlerfreien Sache an Stelle der fehlerhaften (§§ 523, 524).

Wird endlich einem Kinde von dem Vater oder der Mutter eine Ausstattung gewährt, während sein Vermögen deren elterlicher oder vormundschaftlicher Verwaltung unterliegt, so ist ohne eine ausdrückliche Erklärung nicht erkennbar, ob sie dem elterlichen oder dem Kindesvermögen entnommen ist. Das BGB. stellt, abweichend vom gemeinen Rechte[2]), in § 1625 die Vermuthung auf, daß sie aus dem Vermögen des Kindes entnommen sei. Da, wie vorhin bemerkt, die Aussteuer einer Tochter unter den Begriff der Ausstattung fällt, so ist im Zweifel gleichfalls davon auszugehen, daß das Vermögen der Tochter zu der Beschaffung der Aussteuer verwendet sei. Dies muß selbst dann gelten, wenn der Werth Dessen, was sie bekommen hat, größer ist als der Betrag ihres Capitals; rechtsvermuthlich stammt dann nur der Ueberschuß von den Eltern her. Die Vorschrift findet aber immer nur Anwendung, soweit der Vater oder die Mutter kraft Gesetzes die Verwaltung führen („dessen Vermögen seiner Verwaltung unterliegt"), doch wird die freie Beurtheilung der Thatsachen auch in anderen Verhältnissen oft zu demselben Ergebnisse führen.

V. Von den Pflichten, die das Sittengesetz den Kindern gegen die Eltern auferlegt, hat das BGB. nur zwei in gewissem Umfange zu rechtlichen Verbindlichkeiten gemacht, nämlich daß es der Ein-

---

[1]) Petersen und Kleinfeller, Konkursordnung (3. Aufl.) S. 138 unten.

[2]) Windscheid II § 493 Anm. 5, Dernburg III § 15.

willigung der Eltern zur Eingehung einer Ehe bedarf, und daß es, solange es dem elterlichen Hausstande angehört und von seinen Eltern erzogen oder unterhalten wird, diesen in einer seinen Kräften und seiner Lebensstellung entsprechenden Weise in ihrem Hauswesen und Geschäfte Dienste zu leisten hat.

1. a) Zur Eingehung einer Ehe bedürfen die Kinder bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres der Einwilligung ihrer Eltern[1]), und zwar eheliche Kinder derjenigen des Vaters, uneheliche derjenigen der Mutter (§ 1305). Daß bei ersteren die Entscheidung des Vaters maßgebend ist, hängt nicht damit zusammen, daß er regelmäßig Inhaber der elterlichen Gewalt ist, denn diese ist gar nicht Voraussetzung seines Zustimmungsrechtes[2]). Vielmehr macht sich hier das rechtlich anerkannte Uebergewicht des Mannes als des Oberhauptes der Familie geltend (ähnlich wie in § 1634). Dementsprechend tritt die Mutter in denjenigen Fällen, in denen die Gewalt auf sie übergeht, nicht an seine Stelle, sondern nur

aa) wenn der Vater gestorben oder zur Abgabe einer Erklärung dauernd außer Stande oder wenn sein Aufenthalt dauernd unbekannt ist;

bb) wenn die Ehe der Eltern nichtig ist und ihm dies bei der Eheschließung bekannt war[3]).

Illegitime Kinder, die durch nachfolgende Ehe legitimirt sind, stehen den ehelichen durchaus gleich, während bei der Ehelichkeitserklärung zwar im Allgemeinen dasselbe gilt, jedoch mit der Abweichung, daß beim Fehlen des Vaters (oben aa) das Recht nicht auf die Mutter übergeht[4]). Wird ein Kind adoptirt, so ver-

[1]) Das Einwilligungsrecht der Eltern ist in der ältesten Zeit sowohl bei den Römern wie bei den Deutschen ein Ausfluß der elterlichen Gewalt. So ist es in Rom auch bis zuletzt geblieben (c. 20 Cod. 5, 4 spricht nicht dagegen). In Deutschland dagegen erscheint das Consensrecht später als elterliche Befugniß. Nach der Reformation hat sich die Rechtsentwickelung völlig zersplittert, in irgend einer Weise ist aber immer die Einwilligung der Eltern erforderlich geblieben, vgl. Stobbe IV § 253.

[2]) Ist er nicht im Besitze der elterlichen Gewalt, so ist außer seiner Einwilligung nach § 1304 noch diejenige des gesetzlichen Vertreters erforderlich. Ebenso neben einer unehelichen Mutter. Vgl. im Einzelnen Mantey, Das Eheschließungsrecht S. 38 ff.

[3]) Vgl. § 1701. Böser Glaube der Mutter ist gleichgültig, weil sie ja auch ihrem unehelichen Kinde gegenüber dasselbe Recht hat.

[4]) § 1305 Abs. 1 a. E. Bestimmend hierfür ist die Erwägung gewesen, daß diese Art der Legitimation bei Leb-

lieren seine leiblichen Eltern die Befugniß zur Consensertheilung und erlangen sie auch durch Aufhebung des Adoptionsverhältnisses nicht wieder (§ 1306). Sie steht vielmehr dem Annehmenden zu, gleichviel, ob dies ein Mann oder eine Frau ist. Kinder, die von einem Ehepaar gemeinschaftlich oder von dem Ehegatten ihres Vaters oder ihrer Mutter angenommen sind, werden behandelt, als ob sie von diesem Ehepaar erzeugt wären. Adoptirt also der Mann das voreheliche Kind seiner Frau, so steht das Einwilligungsrecht zunächst ihm, nach seinem Tode aber wieder der Frau zu. Da das Gesetz die Einwilligung bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres fordert, so bleibt eine Volljährigkeitserklärung ohne Einfluß. Die Altersgrenze ist zwar offensichtlich mit Rücksicht auf den Zeitpunkt des gewöhnlichen Endes der Minderjährigkeit gewählt, aber es ist eben dieses letztere selbst für entscheidend erklärt.

b) Für die Ertheilung der Einwilligung gilt der, wie wir schon gesehen haben [1]), für zahlreiche familienrechtliche Geschäfte aufgestellte Grundsatz, daß sie nicht durch einen Vertreter (im Willen) abgegeben werden kann. Ist der Berechtigte geschäftsunfähig oder sein Aufenthalt dauernd unbekannt, so entfällt ihre Nothwendigkeit. Ist er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so ist die Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters nicht erforderlich, Jener also in dieser Beziehung voll geschäftsfähig (§ 1307).

c) Die Einwilligung soll nur aus wichtigen Gründen verweigert werden (§ 1308). Welche Thatsachen als solche anzusehen sind, sagt das Gesetz nicht. Vor Allem werden Bedenken gegen das sittliche Verhalten des Verlobten des Kindes zu berücksichtigen sein, auch großer Leichtsinn desselben, weiter aber auch Vermögenslosigkeit beider Theile, falls der Bräutigam nicht im Stande ist, eine Familie durch Erwerbsthätigkeit zu ernähren [2]). Aber auch andere Thatsachen

---

zeiten der Mutter meistens nur gewählt wird, wenn die Eltern verschiedenen Lebenskreisen angehören, und daß das für ehelich erklärte Kind durch den Eintritt in den Stand des Vaters regelmäßig seiner Mutter entfremdet wird.

[1]) Vgl. oben § 2 V, 1; § 4 I, 2, 3; § 5 I, 1, 2 c) und d).

[2]) Vgl. Seuffert 20 n. 137. Daß das zu erlangende Einkommen den Standesverhältnissen der Verlobten entsprechen müsse, wie dieses Erkenntniß fordert, ist nur dann zutreffend, wenn sie nicht entschlossen sind, auf eine solche Lebensweise zu verzichten. Da die Frage hauptsächlich für ein Mädchen praktisch wird — ein Mann, der sich getraut, eine Familie zu ernähren, ist wohl stets über 21 Jahre alt —, so ist

können als wichtige Gründe erscheinen, selbst solche, die mit der Person der Verlobten selbst nichts zu thun haben, sondern nur ein Interesse der Familie an dem Nichtzustandekommen der Heirath begründen. Der Vortheil oder Nachtheil, der dem Kinde erwächst, ist hier nicht, wie z. B. in § 1304 oder § 1727, allein entscheidend, sondern es kommt nur darauf an, ob die Weigerung der Eltern nach vernünftigem Ermessen gerechtfertigt ist[1]). Wird die Zustimmung ohne ausreichenden Anlaß verweigert, so können volljährige Kinder[2]) beim Vormundschaftsgericht beantragen, daß dieses die Einwilligung ersetze. Diese Befugniß hat freilich nach der Gestalt, welche die hierher gehörigen Vorschriften im BGB. schließlich erhalten haben, eine recht geringe Bedeutung. Nach Entw. I § 1238 und Entw. II § 1211 sollte die Einwilligung bis zum vollendeten 25. Lebensjahr erforderlich sein. Daneben ließ die Bedingung der Volljährigkeit, wie sie Entw. II § 1214 für das Recht zur Anrufung des Vormundschaftsgerichtes aufstellte — Entw. I kannte sie nicht einmal —, einen vierjährigen Zeitraum für seine Geltendmachung. Nachdem aber der Reichstag die Altersgrenze auf 21 Jahre herabgesetzt hat, haben Kinder nur in den seltenen Fällen die Möglichkeit, eine Entscheidung der Behörde herbeizuführen, wo sie nach BGB. § 3 für volljährig erklärt sind. Das Vormundschaftsgericht soll vor seiner Entscheidung Verwandte oder Verschwägerte des Kindes hören, wenn es ohne erhebliche Verzögerung und ohne unverhältnißmäßige Kosten geschehen kann. Handelt es sich um einen Verlobten, der an Kindesstatt angenommen ist, so können als Verwandte seine leiblichen Eltern zugezogen werden und erlangen insofern dann doch wieder eine gewisse Mitwirkung bei der Eheschließung. Im Allgemeinen wird das Gericht nicht ganz entfernte Verwandte befragen, weil sie zu wenig Interesse an der Angelegenheit haben und von den maßgebenden Verhältnissen keine genügende Kunde besitzen. Doch wird man sich

---

allerdings noch in Betracht zu ziehen, ob es die zur Durchführung dieses Entschlusses erforderliche Charakterstärke hat.

[1]) Vgl. Fischer-Henle Anm. 6 zu § 1308.

[2]) Da man nur Volljährigen dieses Recht zugestanden hat, also nur solchen Kindern, die nicht unter elterlicher Gewalt stehen, so hat man folgerichtig auch in § 1304 nur gestattet, die Einwilligung des Vormundes durch das Gericht zu ersetzen, nicht aber die des Gewalthabers. Dies wird von Bedeutung, wenn die elterliche Gewalt nach § 1684 bei Lebzeiten des Vaters auf die Mutter übergegangen ist.

andererseits auch nicht immer an die älteren Geschwister des Kindes wenden dürfen, weil diese häufig unter dem Einflusse der Eltern stehen und nicht unparteiisch sind[1]). — Zu dem Verlöbnisse des Kindes ist an sich die Einwilligung der Eltern nicht erforderlich, und selbst eine Verlobung wider ihren ausgesprochenen Willen bildet keinen wichtigen Grund im Sinne des § 1308. Vielmehr kommt es auf die Beurtheilung der Thatsachen an, um derentwillen sie Widerspruch erhoben haben. Die Nothwendigkeit, die Zustimmung der Eltern einzuholen, ist allerdings ein Ausfluß der ihnen geschuldeten Ehrfurcht. Aber daraus folgt noch nicht, daß die Einwilligung zur Strafe für eine andere, wenn auch sehr ähnliche Verletzung dieser Ehrfurcht versagt werden darf.

d) Der Mangel der elterlichen Einwilligung begründet nur ein aufschiebendes Ehehinderniß, da er nicht unter den Nichtigkeitsgründen noch unter den trennenden Ehehinderniſſen aufgeführt ist (vgl. BGB. § 1323 ff.). Durch die vorhin berührte Aenderung des Gesetzes in letzter Stunde ist auch in dieser Beziehung für die gewöhnlichsten Fälle ein eigenthümliches Ergebniß herbeigeführt worden. Der Inhaber der elterlichen Gewalt ist nämlich gesetzlicher Vertreter des Kindes (vgl. § 1630), und eine ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erfolgte Eheschließung ist anfechtbar (§ 1331). Auf diesem Umwege erhält auch das Fehlen der väterlichen oder mütterlichen Einwilligung die Bedeutung eines trennenden Ehehinderniſſes, abgesehen von den seltenen Fällen, wo der Vater nicht Gewalthaber ist. Nach den Entwürfen trat die schwächere Wirkung außerdem stets ein, sobald das Kind die Volljährigkeit erreicht hatte. Da aber jetzt die Einwilligung überhaupt nur bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres erforderlich ist, so ist dieses hauptsächlichste Anwendungsgebiet des Mangels als aufschiebenden Hinderniſſes verschwunden. Ist der Einwilligungsberechtigte zugleich Inhaber der elterlichen Gewalt, so knüpfen sich an die Mißachtung seines Rechtes noch weitere Nachtheile für das Kind (vgl. oben III, 1 und unten § 12 V).

2. Den im Volke allgemein verbreiteten Anschauungen entspricht es durchaus, den Eltern die Befugniß zur Ausnutzung der Arbeits-

[1]) Gegen die Verfügung des Vormundschaftsgerichtes haben das Kind oder der Vater Beschwerde an das Landgericht und demnächst an das Oberlandesgericht, vgl. Freiw. Gerichtsb. §§ 43, 19 Abs. 2, 28, 53 Abs. 1.

kraft der Kinder in ihrem eigenen Intereſſe zuzuſprechen. Wie die Eltern verpflichtet ſind, für die Kinder zu ſorgen, ſo müſſen umgekehrt auch dieſe ihnen behülflich ſein, ſoweit es in ihren Kräften ſteht. Beide Verbindlichkeiten ergeben ſich als ſelbſtverſtändliche Aeußerungen aus der das ganze Verhältniß beherrſchenden gegenſeitigen Liebe, ſind werkthätige Liebe, die beide Theile von einander fordern können. Grundſätzlich überdauern ſie daher auch die Zeit des Beſtehens der elterlichen Gewalt; nur nimmt die des Kindes ſpäter eine andere Geſtalt an. Nachdem der Sohn oder die Tochter ſelbſtſtändig geworden ſind, dürfen ſie ihr Leben und ihre auf Erwerb gerichtete Thätigkeit nach eigenem Ermeſſen einrichten, und thun ſie dies, ſo brauchen ſie nur noch Vermögensleiſtungen für Unterhaltszwecke zu machen. Solange ſie aber unſelbſtändige Mitglieder des elterlichen Hausſtandes ſind, entſpricht es den Verhältniſſen, daß ſie die Eltern durch Dienſtleiſtungen unterſtützen. Das BGB. § 1613 hat dieſe Pflicht unter den oben (am Anfange von V) angegebenen Vorausſetzungen zur Rechtspflicht gemacht. Beide liegen meiſtens gleichzeitig vor; es kann aber auch das Kind von den Eltern getrennt leben, z. B. in Penſion, als Lehrling, als Student, und es kann auch bei ihnen wohnen, aber ſich ſelbſt erhalten. Daß letzteres nicht ſchon dann anzunehmen iſt, wenn es aus den Einkünften ſeines der elterlichen Nutznießung unterliegenden Vermögens ernährt wird, ergiebt ſich aus den im nächſten Paragraphen (unter I 1) zu erörternden Geſichtspunkten. Dagegen iſt das Kind nicht mehr zu Dienſtleiſtungen verpflichtet, ſobald ausſchließlich die Einkünfte ſeines freien Vermögens (vgl. § 13 C) zu ſeinem Unterhalte verwandt werden und von einer Erziehung nicht mehr die Rede ſein kann. Sehr häufig werden aber auch hier nur die baaren Ausgaben aus dieſen Mitteln beſtritten, während Wohnung und Koſt unentgeltlich von den Eltern gewährt werden. Namentlich kann dies Verhältniß nach dem BGB. eintreten, das dem Kinde ſeinen Arbeitsverdienſt als eigene Einnahme zuweiſt (§ 1651), ja es kann ſein Lohn zum Theil in der Leiſtung von Beköſtigung u. dergl. beſtehen, während das Kind nur noch nachts im elterlichen Hauſe ſchläft. Dieſen verſchiedenartigen Möglichkeiten gegenüber kann es zweifelhaft ſein, ob für das nicht mehr erziehungsbedürftige Kind die fragliche Verpflichtung beſteht, und zwar um ſo mehr, als die geſetzliche Vorſchrift ſich nicht nur auf Minderjährige bezieht. Man wird hier

ähnliche Gesichtspunkte zur Anwendung bringen dürfen, wie sie nach dem bisherigen Rechte bei Annahme einer separata oeconomia maßgebend waren[1]). Auch wenn das Kind in einem gewissen Zusammenhange mit dem elterlichen Hausstande bleibt, ist vielleicht doch das Maß Dessen, was ihm aus diesem geleistet wird, so unbedeutend, daß unter Berücksichtigung der Gesammtheit der einschlägigen Umstände das Urtheil gerechtfertigt ist, das Kind erhalte sich selbst. Dafür, daß die bloße Gewährung der Wohnung für den Anspruch der Eltern auf Dienstleistungen nicht genügt, spricht auch, daß das Gesetz Angehörigkeit zum Hausstande und Unterhalt durch die Eltern neben einander fordert, obwohl erstere ohne räumliches Beisammensein nicht denkbar ist. Uebrigens erledigt sich in sehr vielen hierher gehörenden Fällen die Sache dadurch, daß neben der Beschäftigung außer dem Hause eine Thätigkeit im elterlichen Hauswesen oder Geschäfte nach den Kräften des Kindes, auf die § 1617 Rücksicht zu nehmen gebietet, billigerweise nicht verlangt werden kann. Dagegen ist es ohne Einfluß, ob Vater oder Mutter verpflichtet sind, das Kind zu unterhalten; Dienste und Verpflegung sollen gleichsam gegeneinander aufgerechnet werden, wo sie thatsächlich geleistet werden, und das Kind darf sich, solange es unter elterlicher Gewalt steht, seiner Verbindlichkeit nicht dadurch entziehen, daß es sich bereit erklärt, selber für sich zu sorgen, weil es so lange keinen Anspruch auf Selbständigkeit hat.

Eine Klage auf Erfüllung dieser Pflicht dürfte äußerst selten vorkommen. Unerwachsenen gegenüber genügt ja die Anwendung der elterlichen Zuchtgewalt. Die Hauptbedeutung der Vorschrift liegt vielmehr darin, daß, wenn Kinder unter den angegebenen Verhältnissen Dienste leisten, dies im Zweifel als Erfüllung ihrer Pflicht aufzufassen ist. Demnach ist kein Anspruch auf Lohn für sie begründet, wenn es auch selbstverständlich den Eltern freisteht, solchen zu gewähren oder zu versprechen. Im gemeinen Rechte war es bestritten[2]), ob die Kinder für ihre Dienstleistungen Vergütung fordern dürften, und die gesetzgeberische Absicht bei Aufnahme des § 1617 ging gerade dahin, durch Aufstellung einer Vermuthung den un-

[1]) Sintenis, Prakt. gem. Civilrecht III § 143 Anm. 22b, Windscheid II § 525 Anm. 20, Stobbe IV § 260 bei Anm. 15.

[2]) Windscheid II § 516 Anm. 12, Stobbe IV § 252 unter VII, vgl. Haiblen III S. 426 unten.

erquicklichen Processen über diese Frage ein Ende zu machen. Jedoch erschöpft sich sein Werth nicht in dieser Präsumtion: böswillige Weigerung des Kindes könnte z. B. strenge Erziehungsmaßregeln rechtfertigen, die unter anderen Umständen nicht zu billigen wären. Andererseits ergiebt schon der Wortlaut („solange es angehört und unterhalten wird"), daß die Eltern ihren volljährigen Kindern gegenüber nicht zu dem Verlangen berechtigt sind, sie sollten im Hause verbleiben, um die Eltern in der Wirthschaft zu unterstützen, während die Kinder sich selbständig ihr Brot verdienen wollen. Ebenso können sich die Kinder auf die Bestimmung berufen, wenn von ihnen Dienste begehrt werden, die ihre Kräfte übersteigen oder ihrer Lebensstellung nicht entsprechen. Man denke z. B., daß der Sohn eines kleinen Handwerkers, der studirt hat, nun in dem an der Straße gelegenen Garten des Vaters die schmutzigste Handarbeit verrichten oder in seinem Geschäfte in einer Weise helfen soll, die mit den Anforderungen seines Berufes unverträglich ist. In Betracht zu ziehen ist auch, ob das Kind außerdem noch für seinen Unterhalt arbeiten muß, namentlich, wenn ein Anderer als Unterhaltspflichtiger dies mit Recht verlangt. Dagegen entscheidet unsere Vorschrift nicht die Frage, ob die Eltern das Kind zu Dienstleistungen bei Dritten anhalten dürfen[1]). Die Befugniß hierzu gebührt vielmehr nur dem Inhaber der elterlichen Gewalt, während der aus § 1617 sich ergebende Anspruch beiden Eltern gleichmäßig zusteht, insbesondere auch in Abwesenheit des Vaters der Mutter, ohne daß sie Gewalthaberin geworden zu sein braucht.

VI. Im Uebrigen enthält das BGB. nur noch zwei Vermuthungen in Betreff freiwilliger Leistungen des Kindes. Bei beiden wird vorausgesetzt, daß das Kind zwar volljährig ist, aber noch dem elterlichen Hausstande angehört. Solange dieser Zustand dauert, tritt seine rechtliche Selbständigkeit in wirthschaftlicher Beziehung nicht oder wenigstens nur in beschränktem Maße hervor, das Kind kommt überwiegend nur als Mitglied der Familie in Betracht, und auch sein Vermögen wird deshalb nicht in vollem Umfange wie dasjenige eines aus der Hausgemeinschaft Ausgeschiedenen als sein alleiniges Eigenthum behandelt.

1. Macht ein solches Kind Aufwendungen aus seinem Vermögen

[1]) Vgl. unten § 10 I, 6.

zur Bestreitung der Kosten des Haushaltes, bezahlt z. B. die Miethe für die Wohnung oder giebt der Mutter einen Beitrag zum Wirthschaftsgeld, oder überläßt es den Eltern zu diesem Zwecke etwas aus seinem Vermögen, z. B. Gegenstände, die im Haushalt gebraucht werden, oder die Zinsen seiner Kapitalien, so soll im Zweifel angenommen werden, daß die Absicht fehlt, Ersatz zu verlangen (§ 1618). Bei den Zuwendungen seitens eines nicht mehr zum Hausstande gehörenden Kindes kann natürlich dieselbe Meinung obwalten; ob dies aber in Wirklichkeit der Fall ist, muß nach den besonderen vorliegenden Umständen beurtheilt werden, wenn auch oft eine derartige Auffassung naheliegt. Dasselbe gilt bei Leistungen, die ein im Hause lebendes Kind zu anderen Zwecken als zur Bestreitung der Kosten des Haushaltes macht, z. B. indem es fällige Hypothekenzinsen, die der Vater nicht zu bezahlen vermag, berichtigt. Wann die Zugehörigkeit zum Hausstande vorliegt, entscheidet sich nach ähnlichen thatsächlichen Erwägungen, wie sie oben unter V 2 berührt sind. Ob sie hiernach z. B. bei einem Sohne gegeben ist, der nur noch im elterlichen Hause schläft, mag zweifelhaft sein, doch wird man die Frage hier wohl bejahen dürfen. Jedenfalls ist nicht erforderlich, daß das Kind zugleich von den Eltern unterhalten wird, ja es wird die Vermuthung gerade bei Demjenigen am Ersten von Bedeutung werden, der hinreichendes Vermögen besitzt, um sich selbst zu erhalten. Bei ihm kann es dann weiter auch besonders leicht vorkommen, daß er den Eltern freiwillig Dienste leistet, und hierauf darf § 1618 wohl gleichfalls bezogen werden, wenngleich sein Wortlaut enger ist [1]).

2. Ueberläßt ein in der gleichen Lage befindliches Kind sein Vermögen ganz oder theilweise der Verwaltung des Vaters oder der Mutter, so ist der Betreffende im Zweifel befugt, die Einkünfte, die er während der Verwaltung bezieht, nach freiem Ermessen zu verwenden, soweit nicht ihre Verwendung zur Bestreitung der Kosten der ordnungsmäßigen Verwaltung und zur Erfüllung solcher Verpflichtungen des Kindes erforderlich ist, die bei ordnungsmäßiger Verwaltung aus den Einkünften des Vermögens bestritten werden (§ 1619). Damit ist den Eltern eine weit freiere Stellung als einem gewöhnlichen Bevollmächtigten eingeräumt. Sie dürfen namentlich

[1]) A. A. Fischer-Henle, Anm. 4 zu § 1618.

die Einkünfte zur Bestreitung der Kosten des gemeinschaftlichen Haushaltes verbrauchen, auch ihre eigenen Schulden damit bezahlen, aber sie sind nicht berechtigt, das nicht Verwendete für sich zu behalten. Aus der Gegenüberstellung von Vermögen und Einkünften erhellt, daß das Gesetz unter letzteren nur die Erträge des Vermögens versteht, nicht aber Einkünfte, die durch Arbeit gewonnen werden. Diese sind vielmehr als Vermögen zu behandeln und dementsprechend anzulegen, falls nicht das Kind mit ihrem Verbrauch sich einverstanden erklärt. Dabei kann höchstens die unter 1. erwähnte Vermuthung des § 1618 zur Anwendung kommen. Zweifelhaft ist, ob Vater oder Mutter auch dann in dieser Weise verfahren dürfen, wenn sie die betreffenden Zahlungen sehr wohl aus ihrem eigenen Vermögen hätten machen können. Kennt das Kind diese Verhältnisse, so muß angenommen werden, daß es auf diese Weise schenken will. Anderenfalls kann es gewiß Ersatz fordern, wenn die Eltern die ihnen übertragene Verwaltung benutzt haben, um für sich Ersparnisse zu machen, nicht aber, wenn sie mit Hülfe der Einkünfte einen größeren Aufwand getrieben haben, als sie sonst gethan haben würden. Eben deshalb sind sie auch nicht von Rechnungslegung ganz frei[1]); sie müssen wenigstens darthun, daß und wozu sie die Einkünfte verbraucht haben. Den Beweis, daß die Verwendung nach § 1619 ungerechtfertigt war, muß freilich das Kind übernehmen. Da die Vorschrift nur im Zweifel gilt, so ist es befugt, abweichende Bestimmungen zu treffen. Da es aber in der Lage ist, im Nothfalle sich selbst zu unterhalten, indem es durch Arbeit sich weitere Einkünfte verschafft, so läuft es Gefahr, bei einem aus der Geltendmachung seines Willens sich ergebenden Zwiste aus dem elterlichen Hause verwiesen zu werden. Keinesfalls sind Einkünfte, welche die Eltern aus solchem Kindesvermögen bisher bezogen haben, bei der Bemessung der Aussteuer- oder Unterhaltspflicht in Rechnung zu setzen, da sie jeden Augenblick durch eine Bestimmung des Kindes in Wegfall gebracht werden können[2]).

---

[1]) A. A. Fischer-Henle Anm. 5 zu § 1619.

[2]) Für seine Ansprüche an den Vater aus dieser Vermögensverwaltung steht dem Kinde im Konkurse kein Vorrecht nach KO. § 61 zu, da sein Vermögen nicht gesetzlich der Verwaltung des Vaters unterworfen war.

§ 8.

Fortsetzung: Unterhaltspflicht.

Daß Eltern ihre Kinder unterhalten, solange sie sich in einem hülfsbedürftigen Zustande befinden, liegt so sehr in der Natur der Sache, daß diese Pflicht wohl bei allen Völkern anerkannt ist, auch wenn sie nicht in besonderen gesetzlichen Bestimmungen Ausdruck gefunden hat. Im ältesten deutschen Recht finden wir daher solche auch nicht, wohl aber seit der Kaiserzeit im römischen, dessen Vorschriften seit der Reception auch bei uns zur Anwendung kamen [1]) und im Wesentlichen noch dem betreffenden Abschnitte des BGB. zu Grunde liegen. Hiernach beruht die Unterhaltspflicht nicht auf der väterlichen Gewalt, sondern auf der Blutsverwandtschaft und besteht auch auf Seiten der Kinder den Eltern gegenüber, ja sogar weiter ganz allgemein zwischen allen Verwandten in gerader Linie [2]). Daher würden die einschlägigen Bestimmungen eigentlich gar nicht in den Kreis unserer Betrachtung gehören. Sie sind hier aber doch, soweit es sich um Eltern und Kinder handelt, dargestellt, weil der Fall, daß gerade diese Personen betheiligt sind, der häufigste ist, und weil er gegenüber den sonstigen Möglichkeiten einige Besonderheiten aufweist.

I. Voraussetzung der Unterhaltspflicht ist bei dem Berechtigten, daß er außer Stande ist, sich selbst zu unterhalten, bei dem Schuldner, daß er bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen ohne Gefährdung seines standesmäßigen Unterhalts den Unterhalt zu gewähren vermag (§§ 1602, 1603). Die erstere Voraussetzung dieser privatrechtlichen Verbindlichkeit wird nicht dadurch beseitigt, daß der Bedürftige zur Zeit von dem nach öffentlichen Rechte dazu verpflichteten Armenverbande unterhalten wird [3]). Bürgerliches und Verwaltungsrecht stehen in dieser Beziehung in keinem Zusammenhange mit einander.

1. Bei dem Berechtigten kommen nicht nur die Einkünfte des Vermögens in Betracht, sondern es muß auch dessen Stamm an-

---

[1]) Windscheid II § 475, Dernburg III § 37.

[2]) Legitimirte und adoptirte Kinder stehen den ehelichen gleich, vgl. § 3 II, § 4 II, § 5 II, 4.

[3]) Seuffert 33 S. 306, Reichsgericht 17 S. 223.

gegriffen werden, ehe der Anspruch begründet ist. Selbstverständlich darf aber (was Entw. I ausdrücklich hervorhob) er nicht auf solche Vermögensstücke verwiesen werden, die für seinen Unterhalt nicht verwerthbar sind. Günstiger noch ist die Stellung von minderjährigen, unverheiratheten Kindern: sie können schon dann verlangen, von ihren Eltern ernährt zu werden, wenn die Einkünfte ihres Vermögens und der Ertrag ihrer Arbeit zu ihrer Erhaltung nicht ausreichen (§ 1602 Abs. 2). Sie sind aber zunächst verpflichtet, selbst etwas zu verdienen, wobei freilich auf ihr Alter billige Rücksicht zu nehmen ist[1]). Da die Eltern außerdem das Kind zu einem Berufe vorbilden müssen (vgl. unter § 10 I 1), so dürfen sie ihm nicht eine Erwerbsthätigkeit anfinnen, die hiermit unverträglich sein würde. Aber andererseits darf das Kind sich nicht ohne Weiteres darauf berufen, daß es durch eine im Uebrigen angemessene Arbeit an der Vorbereitung auf einen von ihm gewünschten Beruf gehindert werde. Denn die Bestimmung der von ihm einzuschlagenden Laufbahn steht dem Vater kraft seines Erziehungsrechts zu, und sofern das Kind sich mit seiner Entscheidung in Widerspruch stellt, ist auch sein Einwand gegen das Verlangen, daß es für seinen Unterhalt arbeiten solle, unberechtigt. Um so mehr ist bei anderen Unterhaltsberechtigten Erwerbsunfähigkeit die Voraussetzung ihres Anspruches. Je nach dem Umfange, in dem sie vorhanden ist, muß von dem Verpflichteten der Unterhalt vollständig bestritten oder nur ein Zuschuß gewährt werden. Zweifelhaft dagegen ist es, ob der Bedürftige nur auf eine seinem Stande entsprechende Erwerbsthätigkeit verwiesen werden darf, oder ob er jegliche Arbeit übernehmen muß, zu der er die nötige Kraft und Geschicklichkeit besitzt. Das Gesetz geht auf diese Einzelheiten nicht ein, und die Bestimmung des § 1610, daß standesmäßiger Unterhalt zu gewähren sei, gestattet keinen unbedingt überzeugenden Schluß, da man sagen könnte, daß hiermit nur das Maß der Leistungspflicht angegeben sei, *wenn* die Voraussetzungen des Anspruches vorliegen, diese selbst jedoch durch § 1602 Abs. 1 geregelt würden, wo einfach von der Unmöglichkeit, sich selbst zu unterhalten — nicht sich standesgemäß zu unterhalten, — die

[1]) Seuffert 10 n. 179 weist den Anspruch einer 18jährigen Tochter ab, weil eine solche erfahrungsmäßig in der Lage sei, sich selbst zu ernähren. — Nach den oben im Texte gegebenen weiteren Ausführungen erscheint diese Entscheidung nicht unter allen Umständen als zutreffend.

Rede ist. Allein schon im gemeinen Rechte war die entgegengesetzte Ansicht vertreten[1]), und es wäre ein seltsames Ergebniß, wenn der Bedürftige, solange er durch die gewöhnlichste Handarbeit sein Leben zu fristen vermag, sei es auch noch so kümmerlich, keine Unterstützung in Anspruch nehmen dürfte, sobald aber seine Erwerbsfähigkeit vollständig aufhört, standesmäßigen Unterhalt erhalten sollte. Man wird daher der milderen Meinung den Vorzug geben[2]), um so mehr, als das Festhalten an dem anderen Standpunkte seitens des Schuldners regelmäßig von einer nicht zu billigenden Pietätlosigkeit zeugt und für die Fälle, wo eine härtere Behandlung des Bedürftigen angemessen ist, die Vorschrift des § 1611 Abs. 1 ausreicht.

Wie schon erwähnt, braucht ein minderjähriges, unverheirathetes Kind den Stamm seines Vermögens zum Zweck seines Unterhaltes nicht anzugreifen. Das Gesetz unterscheidet dabei nicht, ob sein Vermögen dem Genußrechte seines Gewalthabers unterliegt oder nicht, und ebenso wenig, ob nach der besonderen Sachlage der Vater oder die Mutter unterhaltspflichtig ist. Nießbrauch und Alimentationsverbindlichkeit sind eben von einander unabhängig; weder bildet der erstere die Voraussetzung der letzteren, noch ist das Umgekehrte der Fall. Daß die Nutznießung nicht Bedingung der Unterhaltspflicht ist, bedarf keines weiteren Beweises, da die Nothwendigkeit, das Kind zu erhalten, gerade dann am Dringendsten hervortritt, wenn es kein eigenes Vermögen besitzt. Aber auch nach der entgegengesetzten Seite deutet das Gesetz nirgends einen Zusammenhang an, und es kann deshalb nicht zweifelhaft sein, daß, wenn dem Kinde etwas zugewendet ist mit der Bestimmung, daß dieses Vermögen der Nutznießung entzogen sein solle, und ihm daneben noch anderes, der Nutznießung unterliegendes Vermögen gehört, die Unterhaltspflicht des Vaters erst eintritt, wenn die Einkünfte des freien Vermögens nicht genügen. Während aber diese Sätze keinem Bedenken unterliegen können, ist die Frage schwieriger zu beantworten, ob der Wegfall des Unterhaltsanspruches beim Vorhandensein genügender eigener Einkünfte aus dem Kindesvermögen auf der Auffassung beruht, daß das Kind sich aus ihnen selbst erhalte, oder auf der

[1]) Sintenis, Das prakt. gem. Civilrecht III § 140 Anm. 48.

[2]) Uebereinstimmend Fischer-Henle, Anm. 1 zu § 1602.

anderen, daß es mittels ihrer von dem Gewalthaber erhalten werde, ein Unterschied, der nicht ganz ohne praktische Bedeutung ist (vgl. oben § 7 V 2). Die Motive zu §§ 1626, 1627[1]) ergeben, daß man den Inhaber der elterlichen Gewalt zu Folge ihres vormundschaftlichen Charakters als berechtigt angesehen hat, die Einkünfte des Kindesvermögens in freiester Weise für das Kind zu verwenden. Daraus ergiebt sich aber auch unmittelbar die Pflicht, dies wenigstens insoweit zu thun, als es zum Unterhalte des Kindes nothwendig ist. Nun ist allerdings das elterliche Recht zu einer Nutznießung verstärkt, aber, wie gleichfalls aus den Motiven erhellt, wesentlich im Interesse der Gläubiger der Eltern. Die elterliche Nutznießung steht daher nicht dem Nießbrauchsrechte irgend eines beliebigen Dritten gleich, der seine Befugnisse ausschließlich für eigene Zwecke ausübt, und schließt jene Pflicht nicht aus. Im bisherigen Rechte trat dies nicht hervor, weil allein möglicher Inhaber der väterlichen Gewalt und zugleich nächster Unterhaltspflichtiger der Vater war. Indem das BGB. unter gewissen Umständen die elterliche Gewalt bei Lebzeiten des Vaters auf die Mutter übergehen läßt (vgl. unten § 15), während Jener nach § 1606 vor der Mutter haftet, zwingt es uns, zu untersuchen, ob etwa die Mutter die Einkünfte des Kindesvermögens für sich behalten und das Kind auf seinen Unterhaltsanspruch an den Vater verweisen darf. Ein solches Ergebniß wäre offenbar im höchsten Grade unbillig, ist aber auch in § 1606 Abs. 2 ausdrücklich verworfen. Daß der Gewalthaber das Kind erhält, wird ferner durch § 1656 Abs. 2 bestätigt, wonach beim Ruhen der elterlichen Gewalt die Kosten des Unterhalts aus den (im Uebrigen an den Vater herauszugebenden) Nutzungen insoweit vorweg entnommen werden können, als sie dem Vater zur Last fallen. Die in den letzten Worten enthaltene Beschränkung darf nicht auf § 1602 bezogen werden, da das Kind hier ja eigene Einkünfte hat, sondern will nur auf die Möglichkeit hindeuten, daß das Kind aus seinem freien Vermögen erhalten werden kann. Denn insoweit ist die elterliche Nutznießung allerdings selbstsüchtig, als der Berechtigte zur Abwendung der mit ihr verbundenen Last das Kind zunächst auf das ihr nicht unterliegende Vermögen verweisen kann. Aus § 1656 Abs. 2 ergiebt sich aber auch, daß die Auffassung, das Kind erhalte

[1]) Haidlen III S. 444—45.

sich selber aus den Einkünften seines unfreien Vermögens, oder, anders ausgedrückt, der Vater verwende sie hierzu in seiner Eigenschaft als Vormund, nicht in seiner Eigenschaft als Nutznießer, unzutreffend ist. Denn aus dieser Auffassung würde folgen, daß die Verwendung der Einkünfte stets Demjenigen, der die Sorge für die Person des Kindes hat, gebührte, und das Gesetz könnte nicht diese nothwendige Consequenz als etwas blos Mögliches und Zulässiges hinstellen („können vorweg entnommen werden"). Hiernach liegt dem Inhaber der elterlichen Gewalt die Verpflichtung ob, das Kind aus den Einkünften des seiner Nutznießung unterliegenden Vermögens zu unterhalten, soweit diese Einkünfte reichen, und soweit nicht schon andere Einkünfte zur Verfügung stehen. Jedoch ist dies keine selbständige Unterhaltspflicht im Sinne der §§ 1601 ff., vielmehr von ganz anderen, besonderen Bedingungen abhängig.

2. Verpflichtet zur Gewährung des Unterhaltes ist nur, wer bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen und ohne Gefährdung seines eigenen standesmäßigen Unterhalts dazu im Stande ist (§ 1603). Zunächst ist also von dem Vermögensbestande des in Anspruch Genommenen so viel abzuziehen, wie zur Bezahlung seiner Schulden erforderlich ist[1]), und zwar ist nicht nur er selber hierzu befugt, sondern auch seine Gläubiger können sich auf diese Vorschrift berufen und eine im Widerspruch hiermit gewährte Alimentation anfechten[2]). Er haftet jedoch nicht nur mit seinem Einkommen einschließlich der Einkünfte aus der Nutznießung an dem Vermögen seiner Kinder, sondern muß, wenn dieses nicht ausreicht, auch den Stamm seines Vermögens angreifen. Nur darf er von diesem so viel zurückbehalten, daß er vor der Gefahr zukünftiger Verarmung gesichert bleibt, also unter Umständen sein ganzes Kapital[3]). Die Beweislast in Betreff der Leistungsfähigkeit des Verpflichteten war nach gemeinem Rechte bestritten; nach der Fassung des BGB. („Unterhaltspflichtig ist nur, wer") hat der Beklagte darzulegen, daß mit Rücksicht auf seine Vermögensverhältnisse eine

---

[1]) Eine Ausnahme bildet die Schuld aus dem Schenkungsversprechen (BGB. § 519).

[2]) So schon nach gemeinem Rechte: Seuffert 10 n. 262. Für das heutige Recht vgl. Petersen und Kleinfeller, Konkursordnung S. 670 Bem. I zu § 3 des Anfechtungsgesetzes i. Verb. m. Bem. I, 5 zu § 24 KO. (S. 135).

[3]) Reichsgericht 5 S. 155.

Verpflichtung zum Unterhalt ausnahmsweise nicht bestehe[1]). Sodann ist der Schuldner nicht verpflichtet, sich Einschränkungen aufzuerlegen, die mit der Fortführung seiner bisherigen standesmäßigen Lebensweise unvereinbar sind. Selbst deren Gefährdung, die Wahrscheinlichkeit, daß bei Anerkennung der Unterhaltspflicht in Zukunft das eigene standesmäßige Leben nicht mehr gesichert sei, läßt sie nicht entstehen. Darüber hinausgehenden Luxus muß der Verpflichtete allerdings aufgeben, auch wenn er ihn bisher getrieben hat und nach seinen Vermögensverhältnissen treiben konnte. Ob er auch dann, wenn er bis zur Geltendmachung des Unterhaltsanspruches thatsächlich in einfacheren Verhältnissen gelebt hat, als seinem Stande entspricht, seinen Haushalt in derselben Weise weiterführen muß, um dem Anspruche zu genügen, mag weniger sicher sein. Einem Fremden gegenüber würde man ihn wohl hierzu für berechtigt halten, aber hier kommt in Betracht, daß es sich immer um Verwandte auf- und absteigender Linie handelt.

Einen erweiterten Umfang nimmt nach dem Gesetz die Verbindlichkeit an, falls sie auf Seiten der Eltern ihren minderjährigen, unverheiratheten Kindern gegenüber besteht. Jene müssen nämlich alle verfügbaren Mittel zu ihrem und der Kinder Unterhalte gleichmäßig verwenden. Weder dürfen sie für den eigenen standesmäßigen Unterhalt vorweg sorgen, haben sich vielmehr so weit einzuschränken, als zur Ermöglichung der Alimentirung der Kinder erforderlich ist; noch sind sie befugt, die zur Bezahlung ihrer Schulden nöthigen Gelder zurückzuhalten; und eine Anfechtung der Unterhaltsleistungen durch die Gläubiger ist ausgeschlossen, soweit deren Forderungen nicht schon jetzt fällig sind. Die Anfechtbarkeit auf Grund von Ansprüchen, die zur Zeit der Leistung bereits fällig sind, beurtheilt sich nach allgemeinen Grundsätzen, auf die an dieser Stelle nicht eingegangen werden kann. Ist sie zu verneinen, so haben die Kinder ein Anrecht darauf, vor den Gläubigern befriedigt zu werden; andernfalls werden ihre Ansprüche durch wirklich geleistete Zahlungen verringert. Ebenso wenig können sie verlangen, daß für ihre Bedürfnisse in erster Linie gesorgt wird, müssen sich vielmehr bei unzureichendem Ver-

---

[1]) Protokolle IV S. 480—81 (Haidlen III S. 406—7). Ebenso schon für das gemeine Recht Dernburg III § 37 Anm. 7, dagegen Reichsgericht 4 S. 150. Ueber den Sprachgebrauch des BGB. vgl. Planck I S. 43 ff.

mögen dieselben Einschränkungen gefallen lassen wie die Eltern. Ist jedoch noch ein anderer unterhaltspflichtiger Verwandter vorhanden, so kommt die Verbindlichkeit der Eltern nur in ihrem gewöhnlichen Maße zur Entstehung, während auf den Rest oder nach Umständen allein dieser andere Verwandte haftet. Eine weitere Ausnahme tritt ein, wenn das Kind eigenes Vermögen besitzt, denn es ist auch dessen Stamm aufzubrauchen, bevor die erhöhte Verpflichtung der Eltern eintritt (§ 1603 Abs. 2).

Nach welchem ehelichen Güterrechte die Eltern leben, ist im Allgemeinen gleichgültig, nur falls Gütertrennung eingetreten ist, kann ein Bedenken entstehen. In diesem Falle hat nämlich die Frau dem Manne einen angemessenen Beitrag zur Bestreitung des ehelichen Aufwandes aus ihren Einkünften zu leisten (BGB. § 1427 Abs. 2). Daß zu diesem ehelichen Aufwande auch die Kosten des Unterhaltes und der Erziehung der Kinder gehören, könnte um deswillen bezweifelt werden, weil die Unterhaltspflicht des Vaters von der Fortdauer der Ehe unabhängig ist. Man wird aber im Anschluß an die bisher herrschende Auffassung diese Frage gewiß zu bejahen haben, soweit es sich um die noch im Hause der Eltern lebenden Kinder handelt. Sie sind aus dieser Ehe hervorgegangen, und ihre Unterhaltung bildet daher einen Theil des durch die Ehe veranlaßten Aufwandes. Aus dem gleichen Grunde ist aber auch dann noch ebenso zu entscheiden, wenn die Kinder sich schon von dem elterlichen Hausstande getrennt haben. Solange die Ehe der Eltern besteht, gehört die Erfüllung der Unterhaltspflicht zum ehelichen Aufwande (vgl. auch § 1428). Daher muß bei Gütertrennung die Frau dem Manne einen angemessenen Beitrag dazu gewähren. Ein unmittelbares Klagerecht gegen die Mutter haben die Kinder allerdings nicht, aber ihr Beitrag kommt ihnen bei geringem Vermögen des Vaters thatsächlich zugute.

Diese Grundsätze gelten aber nur in Bezug auf gemeinschaftliche Kinder. Ganz anders liegt die Sache, falls einer der Ehegatten zum zweiten Male verheirathet ist und der Anspruch von Kindern erhoben wird, die der früheren Ehe entstammen (oder wenn der Berechtigte ein voreheliches Kind der Frau ist). Handelt es sich um Kinder des Mannes, und lebt er mit seiner Frau im gesetzlichen Güterstande, so ist sein Nutznießungsrecht an ihrem Vermögen bei

der Beurtheilung seiner Fähigkeit zur Gewährung des Unterhalts mit in Betracht zu ziehen. Lebt er mit ihr in Gütergemeinschaft, so ruht die Verpflichtung auf dem Gesammtgute, als ob die Kinder in der jetzigen Ehe erzeugt wären. Sind alimentationsberechtigt Abkömmlinge der Frau, so sind bei Untersuchung der Frage, ob und in welchem Maße die Voraussetzung einer Unterhaltspflicht bei ihr vorliegt, die Rechte des Mannes am Frauengut außer Acht zu lassen (§ 1604 Abs. 1). Darauf, daß er die geschuldeten Leistungen aus ihrem Vermögen wirklich bestreitet, hat die Frau einen Anspruch (vgl. BGB. § 1386), ja auch die Kinder können unmittelbar von ihm und zwar als Gesammtschuldner neben der Mutter Befriedigung verlangen (BGB. § 1388). Besitzt die Frau blos Vorbehaltsgut, dagegen kein eingebrachtes Vermögen — ein Fall, der nur sehr selten vorkommen dürfte —, so haftet sie allein und ist auch im Rechtsstreite allein die richtige Beklagte. Bei Gütergemeinschaft haftet auch hier das Gesammtgut als wenn die Kinder von beiden Gatten gemeinschaftlich erzeugt wären (§ 1604). Sind einseitige Kinder eines Ehegatten neben solchen des anderen oder neben gemeinschaftlichen vorhanden, so kommen dieselben Grundsätze unverändert zur Anwendung; bei Gütergemeinschaft halten sich also alle Kinder gleichmäßig an das Gesammtgut. Aus dem Wortlaute des § 1604 Abs. 2 darf übrigens selbstverständlich nicht geschlossen werden, daß für die Unterhaltspflicht *nur* das Gesammtgut in Betracht komme, nicht auch das Vorbehaltsgut. Dadurch würde der Berechtigte ja in ganz unzulässiger Weise benachtheiligt werden. Ebensowenig dürfen bei der Errungenschaftsgemeinschaft der Stamm des eingebrachten Gutes und das Vorbehaltsgut der Frau oder bei der Fahrnißgemeinschaft das eingebrachte Gut der Ehegatten und das Vorbehaltsgut unberücksichtigt bleiben. Diese Vermögensmassen kommen vielmehr je nach der Sachlage allen Kindern oder den von dem Inhaber des Vermögens abstammenden Kindern allein, nie aber, wie das Gesammtgut, den Stiefkindern zugute. Geltend gemacht werden kann der Unterhaltsanspruch in allen Fällen der Gütergemeinschaft gegen den Mann als den Vertreter des gemeinschaftlichen Vermögens, und zwar nicht blos, soweit er rechnungsmäßig auf diesem lastet, sondern ganz unbeschränkt (BGB. §§ 1459, 1534, 1549). Der Berechtigte ist also der an sich vorliegenden Nothwendigkeit überhoben, zu berechnen, was er von dem einen Ver-

mögensbestandtheile seines Schuldners und was er von dem anderen fordern darf, und kann als Gläubiger der Frau sowohl gegen diese als gegen den Mann Klage erheben[1]). Ist die ganze Leistung aus dem einen Gute allein gemacht worden, so besteht zwar ein Ersatzanspruch des Gesammtgutes gegen das Vorbehaltsgut oder umgekehrt, aber er bildet ausschließlich eine innere Angelegenheit der Eheleute unter einander und berührt den Unterhaltsberechtigten in keiner Weise.

Eine Unterhaltspflicht gegen die Eltern haben nur die leiblichen Kinder, nicht die Stiefkinder. Die zweite Heirath Desjenigen, von dem sie abstammen, ist für sie in dieser Richtung einflußlos. Sind die Kinder selber schon verheirathet, so übt die Verschiedenheit des ehelichen Güterrechtes, nach dem sie leben, die entsprechenden Wirkungen aus, wie sie soeben für die Eltern angegeben sind.

3. Unter den Eltern haftet der Vater vor der Mutter (§ 1606 Abs. 2). Nur wenn die Nutznießung an dem Vermögen des Kindes ihr zugefallen ist (vgl. § 1684 Abs. 1 N. 2, § 1685 Abs. 2), hat sie auch in erster Linie für die Kinder zu sorgen. Dem Vater verbleibt die Unterhaltspflicht bei Scheidung der Ehe, selbst wenn ihm das Erziehungsrecht genommen wird. Haben die Kinder eigenes Vermögen, und steht dem Vater, wie gewöhnlich, die Nutznießung hieran zu, so hat er aus ihr die Kosten des Unterhalts zu decken event. den fehlenden Betrag zuzuschießen. Jedoch muß ihm die Frau einen angemessenen Beitrag aus den Einkünften ihres Vermögens u. s. w. (BGB. § 1585) leisten. Werden die Kinder bei ihr erzogen, so gewährt sie den Beitrag in natura, anderenfalls aber kann der Mann verlangen, daß sie ihn ihm abliefert. Daran ändert sich auch dadurch nichts, daß bei der Scheidung etwa die Sorge für die Person des Kindes nach BGB. § 1635 der Mutter zugefallen ist. Denn die Aufbringung der Kosten des Unterhalts gehört zu der dem Vater auch dann noch zustehenden Sorge für das Vermögen. Wenn z. B. das Kind von der Mutter bei Fremden in Pension gegeben ist, so haftet der Mann diesen für das Pensionsgeld, und deshalb hat die Frau ihren Beitrag auch jetzt noch an ihn auszuhändigen. Nur wenn zugleich eine erhebliche Gefährdung des Unterhalts des Kindes zu besorgen ist, darf sie die von ihr geschuldete Unterstützung zu eigener Verwendung für das Kind zurückbehalten (§ 1585 Abs. 2). —

[1]) Protokolle IV S. 265 u. 266.

Besitzt das Kind selbst schon wieder Abkömmlinge, so hat es sich nach § 1604 Abs. 1 zunächst an diese zu halten und ist erst, wenn sie zur Gewährung des Unterhalts außer Stande sind oder aus einem anderen Grunde nicht in Anspruch genommen werden können (vgl. § 1607), von seinen Eltern Alimentation zu fordern berechtigt.

Zur Verpflegung unterstützungsbedürftiger Eltern sind die Kinder zu gleichen Antheilen verpflichtet. Die elterliche Nutznießung muß dabei zurücktreten (§ 1605). Dies wird z. B. praktisch, wenn der Vater die Gewalt wegen eines an dem Kinde begangenen Verbrechens nach § 1680 verloren hat und demnächst verkommen und verarmt ist; er muß dann aus dem Kindesvermögen ohne Rücksicht auf die der Mutter nach § 1684 Abs. 1 Nr. 2 zugefallene Nutznießung unterhalten werden. Daneben treten aber an die Stelle verstorbener oder sonst weggefallener (vgl. § 1607) Kinder deren Abkömmlinge nach Maßgabe der gesetzlichen Erbfolgeordnung und des Verhältnisses der Erbtheile (§ 1606 Abs. 1).

Ist der bedürftige Verwandte auf- oder absteigender Linie verheirathet, so haftet dessen Ehegatte vor den Eltern oder Abkömmlingen, also auch der zweite Ehegatte vor den Kindern erster Ehe, jedoch nur unter Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen und Dessen, was zu seinem eigenen standesmäßigen Unterhalte erforderlich ist (§§ 1360, 1608). Dies gilt auch für den geschiedenen Ehegatten, wenn er allein für schuldig erklärt ist. Der Mann hat alsdann seiner früheren Frau den standesmäßigen Unterhalt insoweit zu gewähren, als sie ihn nicht aus den Einkünften ihres Vermögens und, insofern nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten gelebt haben, Erwerb durch Arbeit der Frau üblich ist, aus dem Ertrage ihrer Arbeit bestreiten kann, und die Frau ihrem früheren Manne insoweit, als er außer Stande ist, sich selbst zu unterhalten, in beiden Fällen jedoch mit gewissen Einschränkungen wegen anderweitiger Bedürfnisse des Schuldners (BGB. §§ 1578, 1579). Aehnliches gilt, wenn eine Ehe aus dem Grunde aufgelöst ist, weil der erste Ehegatte des einen Theiles für todt erklärt war, aber noch lebt (BGB. § 1351). Die Unterhaltsforderung eines Verheiratheten richtet sich also zunächst gegen seinen Ehegatten, sodann gegen seine Abkömmlinge und zuletzt gegen seine Eltern.

Eine eigenthümliche Gestaltung der Rechtslage tritt in dem allerdings seltenen Falle ein, daß eine minderjährige Tochter ein

uneheliches Kind hat und dieses Vermögen besitzt, etwa durch Schenkung oder Vermächtniß seines Erzeugers. Hier haftet in erster Reihe das Kind, aber nur soweit nicht seine Einkünfte zu seinem standesmäßigen Unterhalte gebraucht werden; bleibt hiernach nichts zur Alimentirung seiner Mutter übrig, so müssen ihre Eltern die Verpflegung übernehmen, und zwar, da die Voraussetzung des § 1603 Abs. 2 vorliegt (vgl. oben unter 2), ohne eine entsprechende Einschränkung, während eine verwittwete Tochter unter sonst gleichen Verhältnissen schlechter gestellt ist.

4. Sobald die Unterhaltspflicht eines Verwandten oder des Ehegatten hinwegfällt, hat der nach ihm Haftende an seine Stelle zu treten (§§ 1607, 1608 Abs. 1 a. E.). Der Unausreichlichkeit des Vermögens des Schuldners steht die Thatsache gleich, daß die Rechtsverfolgung gegen ihn im Inlande ausgeschlossen oder erheblich erschwert ist, namentlich also wenn er seinen Wohnsitz im Auslande hat[1]). Derjenige, welcher nunmehr den Unterhalt gewähren muß, erhält in den beiden letzteren Fällen als Ersatz kraft einer cessio legis den zur Zeit nicht durchführbaren Anspruch gegen den eigentlich Unterhaltspflichtigen[2]), während bei Vermögenslosigkeit des an

[1]) Nach allgemeinen Grundsätzen muß der Kläger beweisen, daß die Bedingungen dieser Verpflichtung des Beklagten vorliegen, namentlich auch daß ein anderer Unterhaltspflichtiger oder der zunächst Verpflichtete ohne ausreichendes Vermögen ist, wenn nicht diese Thatsache offenkundig ist oder zugestanden wird. Dieser Beweis kann ebenso schwierig sein wie der nach § 1603 dem Kläger abgenommene Beweis des Besitzes ausreichenden Vermögens auf Seiten des Beklagten. Allein über letzteres kann der Beklagte leicht das Nöthige darthun, nicht aber hier. Als genügendes Beweismittel ist wohl ein den Anspruch des Berechtigten gegen den Dritten abweisendes Erkenntniß anzusehen; um es zu erlangen, muß freilich der Bedürftige einen nach seiner eigenen Ansicht aussichtslosen Rechtsstreit gegen den Dritten anstrengen.

[2]) Daß der Leistende von vornherein die Absicht hat, von dem zunächst Verpflichteten Ersatz zu fordern, ist nach dem Gesetz nicht nothwendig. Wo keine Verpflichtung zur Alimentirung besteht, kommt es auf diese Absicht an. Dabei muß man aber zwischen den Beziehungen des Leistenden zum Verpflichteten und dem Unterhaltsberechtigten unterscheiden. Im Verhältniß zu den Verwandten auf- und absteigender Linie wird nach BGB. im Zweifel nicht angenommen, daß die Absicht bestehe, von dem Empfänger Ersatz zu verlangen (eine Vermuthung, deren Ausdehnung auf Verschwägerte — vgl. Reichsgericht 10 S. 117 — jetzt nicht mehr gerechtfertigt erscheint). Eine ganz andere Frage aber ist, ob Derjenige, der den Unterhalt gewährt, sich nicht den Regreß gegen den wirklichen Schuldner vorbehält. § 1607 greift nur für den

sich zunächst haftenden Verwandten gar kein Unterhaltsanspruch gegen ihn entsteht, also auch nicht auf den Nachmann übergehen kann (wie sich auch aus der Anordnung der Sätze in § 1607 ergiebt). Jedoch soll hierdurch nie der Unterstützungsberechtigte benachtheiligt werden, was z. B. der Fall sein würde, wenn er später in die Lage käme, seine Rechte gegen den ursprünglichen Schuldner geltend zu machen, etwa nach dessen Rückkehr in's Inland, und dieser dann die Ersatzpflicht unter seinen sonstigen Verbindlichkeiten anrechnen und so auf Grund des § 1603 Abs. 1 die Gewährung des Unterhalts ablehnen würde. Auch giebt das Gesetz dem Zahlenden keinen unbedingten Ersatzanspruch für das von ihm Geleistete, sondern nur in dem Umfange, wie der Vormann wirklich etwas schuldig war, so daß ein Irrthum in dieser Beziehung den Regreßkläger in Schaden bringt. Endlich ist zu beachten, daß der nach § 1607 bestehende Unterhaltsanspruch nur für die Zukunft gegeben ist, da das BGB. in § 1613 den bekannten Grundsatz des gemeinen Rechtes „in praeteritum non vivitur" übernommen hat.

Nach dem Wortlaute des Gesetzes könnte man meinen, daß diese ganze eventuelle Haftung und der aus ihr sich ergebende Regreßanspruch nur zwischen den verschiedenen Graden der Unterhaltspflichtigen Anwendung finden („der nach ihm haftende Verwandte"). Da aber das Gesetz mehrere in gleicher Linie Stehende nicht solidarisch, sondern für „nach dem Verhältnisse der Erbtheile" „zu gleichen Theilen" verbindlich erklärt, so würde nach jener Auslegung der Bedürftige den erforderlichen Unterhalt nicht in vollem Umfange erhalten. Dieses höchst unbillige Ergebniß ist unannehmbar. Der dem § 1607 entsprechende § 1487 des Entw. I sagte vorsichtiger, daß der vermögenslose Verwandte als nicht vorhanden anzusehen sei, wonach die fragliche Bestimmung auf Gleichstehende wie auf hinter

Fall Platz, daß auch Ersterer in den Kreis der an sich Verpflichteten gehört. Aus seiner entsprechenden Anwendung und mittelbar aus § 685 dürfte aber zu entnehmen sein, daß nach dieser Richtung hin der Wille, sich den Ersatzanspruch vorzubehalten, im Zweifel zu vermuthen ist. Die Erkenntnisse bei Seuffert I n. 348 und XXXIII n. 21 halten diese verschiedenen Gesichtspunkte nicht aus einander. Von den dort angezogenen Stellen des Corpus iuris betreffen die meisten das Rückforderungsrecht des Leistenden gegen den Bedürftigen, fr. 5 § 14 D. 25, 2 spricht der Mutter eine Ersatzforderung gegen den Vater nicht unbedingt ab, c. 13 Cod. 2, 19 entscheidet nur die Beweisfrage.

einander Verpflichtete Anwendung fand. Dafür, daß man mit der Aenderung der Ausdrucksweise zugleich eine Abänderung am Inhalte der Norm habe vornehmen wollen, liegt nichts vor. Und zulässig ist es jedenfalls, unter den „nach ihm haftenden Verwandten" alle Diejenigen zu verstehen, die haften, wenn der Vermögenslose außer Betracht bleibt. Jedoch ist aus dem Wortlaute immerhin abzuleiten, daß Gleichstehende erst herangezogen werden dürfen, wenn keine leistungsfähigen Nachmänner mehr vorhanden sind.

5. Dem BGB. liegt, ebenso wie dem bisherigen Rechte, die Auffassung zu Grunde, daß der Unterhaltsanspruch nicht durch bestimmte einmalige Thatsachen entsteht und in seinem Umfange unveränderlich ist, sondern sich in jedem Zeitpunkte erneuert und den jeweiligen Verhältnissen anpaßt. Hieraus ergiebt sich, daß, wenn auch die Verpflichteten nicht solidarisch haften, doch der ursprüngliche Umfang ihrer Verbindlichkeiten durch Aenderungen in den Vermögensverhältnissen ihrer Mitschuldner vergrößert oder verringert werden kann. Dasselbe tritt ein, wenn neue Unterhaltspflichten für sie entstehen. Dabei sind zwei Fälle zu unterscheiden, daß der eine der Berechtigten ein Vorzugsrecht vor dem anderen hat, und daß beide sich gleichstehen. Nach § 1609 gehen Abkömmlinge den Verwandten aufsteigender Linie vor und unter den Ersteren wieder Diejenigen, die im Falle der gesetzlichen Erbfolge als Erben berufen sein würden, den Uebrigen [1]), unter den Ascendenten aber die näheren den entfernteren. Der Ehegatte ferner steht den minderjährigen, unverheiratheten Kindern gleich und geht anderen Kindern und den übrigen Verwandten vor. Ein geschiedener Ehegatte, sowie der zweite Ehegatte eines zweimal Verheiratheten, der die jetzige Ehe aus dem Grunde anficht, weil sein früherer, für todt erklärter Gatte noch lebt (BGB. § 1351, vgl. oben unter 3.), hat nur ein Vorzugsrecht vor den volljährigen oder verheiratheten Kindern und den übrigen Verwandten. Im Uebrigen stehen Verwandte auf- oder absteigender Linie gleichen Grades einander gleich. Reicht in allen diesen Fällen das Vermögen des Schuldners nicht aus, um allen Bedürftigen Unterhalt zu gewähren, so verringert sich die Verpflichtung der Eltern den einzelnen Abkömmlingen gegenüber durch das Hinzukommen neuer

[1]) Auf Seiten der Verpflichteten ist eine entsprechende Unterscheidung nicht gemacht. Im Uebrigen vgl. BGB. § 1924.

Bedürftiger ohne Rücksicht auf deren Gradesnähe, vorausgesetzt nur, daß die Mittelsperson, durch die sie von der Erbfolge in den Nachlaß des Schuldners ausgeschlossen sein würden[1]), bereits verstorben ist. Wenn also z. B. ein verarmter Sohn von seinem Vater unterstützt werden muß und dann ein zweiter Sohn unter Hinterlassung vermögensloser Kinder nach Amerika geht, ohne von seinem Aufenthaltsort Kunde zu geben, so haben diese Enkel Ansprüche an ihren Großvater nur insoweit, als seine Mittel nicht schon für die Erhaltung des ersten Sohnes verwendet werden müssen, und der Umfang der Berechtigung dieses Kindes erleidet keine Einschränkung. Stirbt dagegen der zweite Sohn, oder wird er für todt erklärt, so würden seine Kinder nach der gesetzlichen Erbfolge als Erben zum Nachlasse des Großvaters berufen sein und stehen deshalb ihrem Oheim gleich, die Höhe seiner Forderung verringernd. Dabei ist allerdings noch zu beachten, daß für den Unterhalt des Sohnes der Vater vor der Mutter haftet, für den Unterhalt der Enkel dagegen beide in gleicher Linie, so daß vielleicht die letzteren mit Rücksicht auf die Verpflichtung ihres Großvaters gegen seinen Sohn ihren Anspruch nur gegen die Großmutter, gegen diese aber auch in vollem Umfange geltend machen dürfen. Durch ihr Hinzukommen wird aber ihr Oheim benachtheiligt, wenn entweder nur der Vater oder nur die Mutter noch am Leben sind oder wegen deren ehelichen Güterstandes die Unterhaltspflicht thatsächlich keine Steigerung mehr erfahren kann.

Ein eigentlicher Unterhaltsanspruch der Frau kann unter normalen Verhältnissen, d. h. solange die Eheleute mit einander leben, nicht entstehen, weil der Mann oder das Gesammtgut den ehelichen Aufwand zu tragen hat, zu dem ja auch ihre Erhaltung gehört. Ebenso kann auf Seiten des Mannes nur ausnahmsweise eine Alimentationsklage begründet sein[2]). Das Recht eines Ehegatten darauf, daß das Vermögen des anderen für seinen Unterhalt verwendet werde, ist aber in §§ 1608 und 1609 den eigentlichen Unterhaltsansprüchen gleichgestellt. Dabei concurrirt der Ehegatte, wie bereits bemerkt, mit minderjährigen unverheiratheten Kindern (§ 1609 Abs. 2), und zwar müssen nach § 1603 Abs. 2 alle verfügbaren Mittel für den gemeinsamen Unterhalt gleichmäßig verwendet werden. In diesem Umfange müssen sich also auch die bezeichneten Abkömmlinge eine Verringerung

[1]) BGB. § 1924 Abs. 2.

[2]) BGB. § 1360 Abs. 2.

der ihnen bisher gemachten Leistungen gefallen lassen, wenn der Schuldner sich verheirathet oder die Vermögenslage der Eheleute sich so ungünstig gestaltet, daß den Kindern kein standesmäßiger Unterhalt mehr gewährt werden kann.

Die im Vorstehenden entwickelten Grundsätze finden entsprechende Anwendung, wenn schon zur Zeit der Entstehung eines Anspruches mehrere Bedürftige vorhanden sind.

II 1. Dem Berechtigten ist standesmäßiger Unterhalt zu gewähren (§ 1610). Was hiernach verlangt werden kann, ist nach der Lebensstellung des Bedürftigen zu beurtheilen, nicht nach der des Verpflichteten. Wenn also z. B. die Tochter eines Standesherrn den Erzieher ihres Bruders geheirathet hat, so hat sie im Falle der Verarmung nur auf den für die Frau eines Lehrers, nicht auf den für das Mitglied einer standesherrlichen Familie angemessenen Unterhalt Anspruch. Da aber auch innerhalb der einzelnen Stände die Verhältnisse je nach der Größe des Vermögens recht verschieden sind, so kann nur der Durchschnitt entscheiden. Zu berücksichtigen ist der gesammte Lebensbedarf an Nahrung, Kleidung, Wohnung, Heizung, Beleuchtung u. s. w.; auch kann wohl ein angemessenes Taschengeld zur Befriedigung kleiner Bedürfnisse verlangt werden. Einem an geistige Beschäftigung gewöhnten Menschen wird auch eine, wenngleich bescheidene Geldsumme zur Verfügung zu stellen sein, mit der er sich Bücher verschaffen kann, während er allerdings z. B. auf die Fortsetzung kostspieliger Studien, die er bisher betrieben hatte, verzichten muß. Bei Kindern kommen dazu noch die Kosten der Erziehung[1]) und der Vorbildung zu einem Berufe, bei dessen Auswahl wieder die Lebensstellung des Bedürftigen, andererseits freilich auch seine schlechte Vermögenslage zu berücksichtigen ist. Endlich hat der Verpflichtete beim Tode des Berechtigten die Beerdigungskosten[2]) zu tragen, soweit ihre Bezahlung nicht von den Erben zu erlangen ist (§ 1615 Abs. 2). Also müssen z. B. Eltern für die durch die Bestattung ihres verheirathet gewesenen Sohnes verursachten Aufwendungen einstehen, wenn die Enkel vermögenslos sind und deshalb

[1]) Die Taufkosten, die Entw. I § 1488 besonders aufgeführt hatte, begreift das Gesetz mit unter die Kosten der religiösen Erziehung, Protokolle IV S. 492.

[2]) Die Kosten einer Feuerbestattung sind keine „Beerdigungskosten". Protokolle IV S. 494.

jene nicht bestreiten oder wenigstens kein standesmäßiges Leichenbegängniß bezahlen können. Um so mehr gilt das Gleiche, wenn der Erbe die Einsetzung einer Nachlaßverwaltung oder die Eröffnung des Nachlaßkonkurses beantragt hat und deshalb überhaupt nicht über den Bestand der Erbschaft hinaus haftet[1]). Daraus ergiebt sich nun, daß, wenn der nächste gesetzliche Erbe zugleich dem Verstorbenen gegenüber unterhaltspflichtig war, er die Verbindlichkeit zur Tragung der Beerdigungskosten nicht durch Zurückweisung der Erbschaft[2]) oder auf einem der anderen eben angegebenen Wege von sich abzuwälzen und der Armenverwaltung aufzubürden vermag.

Besitzt Derjenige, dem die Forderung zusteht, eine Familie, so kann er doch Unterhalt nur für sich persönlich begehren. Seine Angehörigen können aber gerade wegen seiner Bedürftigkeit ihrerseits einen selbständigen Anspruch gegen den Verpflichteten haben. Ein solcher steht jedoch Verschwägerten, also z. B. der Schwiegertochter oder der Stiefmutter, nicht zu. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß der Berechtigte wegen Krankheit, hohen Alters u. s. w. besonderer Pflege bedürftig ist, die ihm von seinen Angehörigen gewährt wird, während sonst hierfür Kosten aufgewendet werden müßten. Denn regelmäßig sind auch die Angehörigen selber dem Bedürftigen alimentationspflichtig, der Ehegatte ja sogar vor den Verwandten, und erfüllen durch die dem Berechtigten gewidmete Sorge nur einen Theil der ihnen an sich obliegenden Verbindlichkeit, von der sie dadurch nicht ganz frei werden, daß sie außer Stande sind, ihr in vollem Umfange zu genügen. Nur dann verhält es sich anders, wenn der Pfleger oder die Pflegerin den Umständen nach gar nicht haftet, z. B. die verwittwete Schwiegertochter pflegt ihre gebrechliche Schwiegermutter, die einen wohlhabenden Sohn hat; hier sind bei Bemessung der von diesem Sohne geschuldeten Leistung die durch die Thätigkeit seiner Schwägerin ersparten Kosten in Anschlag zu bringen.

Auf die für die Führung eines Rechtsstreites erforderlichen Aufwendungen erstreckt sich die Verpflichtung nicht. Denn die Verfolgung eines Rechtes oder die Rechtsvertheidigung gehört nicht zum Lebensunterhalt, selbst wenn man den Begriff im weitesten Sinne faßt; außerdem bilden diese Aufwendungen zunächst Schulden, und deren Bezahlung liegt dem Unterhaltspflichtigen nicht ob. Aushülfe ge-

[1]) BGB. § 1975. | [2]) BGB. § 1942.

währen hier die Bestimmungen der Proceßordnungen über das Armenrecht [1]).

Thatsächlich läßt sich der Anspruch auf standesmäßigen Unterhalt nur durchführen, wenn oder soweit das Vermögen des Schuldners zu dessen Gewährung ausreicht, oder wenn weitere Verpflichtete vorhanden sind. Anderenfalls muß der Berechtigte sich Einschränkungen gefallen lassen, doch ist hier an die oben (I 2) erwähnte Vorschrift des § 1603 Abs. 2 zu erinnern. Ist umgekehrt mehr gewährt worden als geschuldet war, so findet auf Eltern oder Voreltern BGB. § 685 Abs. 2 Anwendung, d. h. sie haben im Zweifel keinen Ersatzanspruch. Im Uebrigen entscheiden die allgemeinen Grundsätze über Bereicherungsklagen.

2. In gewissen Fällen beschränkt sich die Verpflichtung auf Gewährung des nothdürftigen Unterhaltes, d. h. Dessen, was jeder Mensch zu seiner Erhaltung bedarf. Auf Standesverhältnisse wird dann keine Rücksicht genommen; entscheidend ist also das Maß Dessen, was ein den untersten Gesellschaftsschichten angehörender Mensch durchschnittlich braucht, wenn man auch etwas freigebiger sein wird und muß, als es die Armenverwaltungen sein können. Besondere Verhältnisse in der Person des Bedürftigen werden auch hier von Einfluß, z. B. Krankheit, Gebrechlichkeit. Die Beschränkung tritt ein,

a) wenn der Berechtigte durch sein sittliches Verschulden bedürftig geworden ist (§ 1611 Abs. 1). Die thatsächliche Feststellung dieser Voraussetzung kann Schwierigkeiten machen und muß dem verständigen Ermessen des Richters überlassen werden. Daß z. B. der durch Spiel und Trunk Verarmte von dieser gesetzlichen Bestimmung betroffen wird, ist nicht zweifelhaft, wohl aber, ob jedes sonstige leichtsinnige Verfahren in Vermögensangelegenheiten oder gar der Umstand, daß der Unterhaltsbedürftige sich auf gewagte Unternehmungen eingelassen hat, als sittliches Verschulden aufzufassen ist. Sehr häufig werden auch derartige Handlungen und rein zufällige Unglücksfälle neben einander wirksam geworden sein. Entscheidend ist, ob der Kläger die Gefahr seiner Verarmung verständiger Weise voraussehen konnte, und ob diese Gefahr eine so naheliegende war, daß er die ihm zum Vorwurf gemachten Handlungen zu unterlassen

[1]) Haiblen III S. 416—17.

sittlich verpflichtet war. Wo die Bejahung dieser Fragen irgendwie bedenklich ist, muß man sie zu seinen Gunsten beantworten.

Da die Ansprüche der Abkömmlinge verschiedener Grade von einander unabhängig sind, so kann Enkelkindern der Unterhalt nicht mit Berufung darauf verweigert werden, daß ihr Vater oder ihre Mutter sich einer Verfehlung der angegebenen Art schuldig gemacht hätte. Auf diese Weise erlangen dann allerdings mittelbar die Letzteren doch einen Vortheil aus der Leistung ihrer Eltern an ihre Kinder. Dasselbe gilt in dem zweiten hierher gehörigen Falle, nämlich

b) wenn der Berechtigte sich einer Verfehlung schuldig gemacht hat, die dem Schuldner die Befugniß giebt, Jenem den Pflichttheil zu entziehen (§ 1611 Abs. 2). Dies trifft Abkömmlingen gegenüber zu (BGB. § 2333), wenn sie ihm oder seinem Ehegatten oder einem seiner anderen Abkömmlinge nach dem Leben trachten, oder wenn sie sich einer vorsätzlichen körperlichen Mißhandlung des Schuldners oder seines Ehegatten (hier vorausgesetzt, daß sie zu diesem nicht in einem bloßen Stiefverhältnisse stehen) oder eines Verbrechens oder eines schweren vorsätzlichen Vergehens[1]) gegen den Schuldner oder dessen Ehegatten schuldig machen, oder wenn sie früher die ihnen dem Schuldner gegenüber obliegende Unterhaltspflicht böswillig verletzt haben, oder endlich wenn sie einen ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel wider den Willen des Schuldners führen[2]). Die Kinder können den Eltern Unterhalt nur verweigern wegen Lebensnachstellung, wegen Begehung von Verbrechen oder schweren vorsätzlichen Vergehens oder wegen früherer böswilliger Verletzung der Unterhaltspflicht, alle drei Fälle in demselben Umfange verstanden wie eben dargelegt (BGB. § 2334).

Der Bedürftige darf sich wegen des Ausfalles, den er auf diese Weise erleidet, nicht an einen anderen Unterhaltspflichtigen halten (§ 1611 Abs. 3). Daß, wenn der Vater seinem Kinde aus einem

[1]) Da das StGB. keinen Unterschied zwischen schweren und leichten Vergehen kennt, abgesehen von den besonders erwähnten Körperverletzungen, so muß das Ermessen des Richters entscheiden.

[2]) Dieser Fall berührt sich nahe mit dem unter a) erwähnten, setzt aber keinen ursächlichen Zusammenhang zwischen dem schlechten Lebenswandel und der Verarmung voraus. Auch genügt nach Umständen im Falle a) eine einmalige Handlung, während sie noch nicht die Führung eines schlechten Lebenswandels enthält.

der angeführten Gründe nur alimenta naturalia zu verabfolgen braucht, die Mutter nicht die Verpflichtung hat, sie auf den standesmäßigen Bedarf zu erhöhen, folgt übrigens schon daraus, daß sie denselben Grund, auf den sich der Vater beruft, für ihre eigene beschränkte Haftung geltend machen kann. Die gesetzliche Vorschrift hat daher für uns hauptsächlich in dem umgekehrten Falle Bedeutung, daß Eltern von ihren Kindern ernährt werden müssen und sich nur gegen eines von diesen einer Verfehlung schuldig gemacht haben. Vermögenslosigkeit des Letzteren ist hier somit den Eltern vortheilhaft, weil sie dann von den übrigen Kindern doch den vollen Unterhalt erhalten. Nach § 1607 Abs. 1 geht ja nicht eine bestehende Schuld von einem Verpflichteten auf einen anderen über, sondern der erste ist überhaupt gar nicht unterhaltspflichtig. Daher können sich die übrigen Kinder nicht darauf berufen, daß der Vermögenslose, wenn er wohlhabend wäre, nur den nothdürftigen Unterhalt zu gewähren haben würde.

Selbstverständlich steht es dem Verpflichteten frei, dem Schuldigen zu verzeihen und ihn standesgemäß zu alimentiren. Aber hierin liegt eine Freigebigkeit, die möglicherweise von anderen Gläubigern des Verpflichteten, insbesondere von andern bereits Unterhaltsberechtigten angefochten werden darf, wenn die Jenem gemachte Leistung unter den Schulden mit angerechnet und dadurch der Anspruch des Berechtigten geschmälert werden soll. Anders dagegen, wenn standesmäßiger Unterhalt zugesichert wird, bevor eine weitere Verpflichtung entstanden ist.

3. Die Leistung ist regelmäßig in Gestalt einer Geldrente zu entrichten und für drei Monate vorauszuzahlen (§ 1612 in V. m. § 760). Auf eine Verpflegung im Hause des Verpflichteten braucht sich der Berechtigte nicht einzulassen. Eine Ausnahme tritt jedoch im Verhältnisse von Eltern zu ihren unverheiratheten Kindern ein, ohne Rücksicht auf deren Minderjährigkeit oder Volljährigkeit. Die Eltern können hier bestimmen, in welcher Art sie den Unterhalt gewähren wollen, also z. B. das Kind nöthigen, in ihrem Hause zu wohnen, oder umgekehrt es wider seinen Willen in einer Pension, nach Umständen auch einer Kranken- oder Verpflegungsanstalt unterbringen. Ferner dürfen sie auch die Zeit feststellen, für die sie die Unterstützung im Voraus zahlen wollen, namentlich die gewöhnliche dreimonatige Frist bei einer Geldrente abkürzen oder verlängern und Naturalleistungen in willkürlich gewählten Zeitabschnitten entrichten

(vgl. jedoch unten III 2). Demnach steht es ihnen auch frei, eine Geldrente mit anderen Lieferungen zu verbinden und für die einzelnen Theile verschiedene Fristen zu bestimmen. Eine gewisse Einschränkung erfahren diese Befugnisse der Eltern durch die Scheidung ihrer Ehe. Denn behält Derjenige, dem die Unterhaltspflicht obliegt, nicht zugleich das Erziehungsrecht, so muß er seine Leistungen in einer Gestalt gewähren, die mit den von dem andern Ehegatten über den Aufenthaltsort des Kindes getroffenen Bestimmungen verträglich ist; ebenso wenn ihm die Sorge für die Person des Kindes nach § 1666 oder die ganze elterliche Gewalt nach § 1680 entzogen ist oder diese nach §§ 1676, 1677 ruht[1]). Vermag ferner das Kind besondere Gründe gegen die Entscheidung der Eltern vorzubringen, z. B. eine Tochter, die der Vater bei sich erhalten will, ein von ihr nicht verschuldetes schlechtes Verhältniß zur Stiefmutter, so kann auf seinen Antrag das Vormundschaftsgericht ändernd eingreifen. Die Beschreitung des Rechtsweges ist erst möglich, um die von der Vormundschaftsbehörde vorgeschriebenen Leistungen zu erzwingen, dagegen

[1]) Das Reichsgericht (34 S. 212) hat in einer preußischen Sache entschieden, daß der Vater gegen die auf Zahlung von Unterhaltskosten für seine unmündigen Kinder, die sich bei der von ihm getrennt lebenden Mutter befinden, gerichtete Klage nicht einwenden könne, daß er bereit sei, die Kinder bei sich aufzunehmen, so lange er nicht in vollstreckbarer Form sein Recht auf die Erziehung der Kinder in seiner Häuslichkeit habe feststellen lassen. Nach BGB. dürfte ebenso zu entscheiden sein. Allerdings hat der Vater an sich die Befugniß, zu bestimmen, wie er seiner Unterhaltspflicht genügen will, so lange ihm nicht das Erziehungsrecht und die Bestimmung ihres Aufenthaltsortes (§ 1631) entzogen ist. In dieser Befugniß darf er durch das widerrechtliche Eingreifen eines Dritten nicht beeinträchtigt werden. Hält ein Dritter die Kinder zurück, so liegt keine (objective) Unmöglichkeit vor, die geschuldete Leistung in der durch ihn bestimmten Gestalt zu machen (BGB. § 275 Abs. 1), auch kein Unvermögen hierzu auf seiner Seite (ebenda Abs. 2), sondern die Kinder sind verhindert, die Leistung in Empfang zu nehmen, es besteht also subjective Unmöglichkeit auf Seiten des Gläubigers. Hiernach wird der Vater grundsätzlich von seiner Verpflichtung für die Zeit, wo dieser Zustand vorhanden ist, frei. Aber es würde gegen Treu und Glauben verstoßen (BGB. § 242!), wenn er sich hierauf berufen wollte, obwohl er das Eintreten des Hinderungsgrundes durch sein Verhalten nicht hindert. Dies ist aber anzunehmen, so lange er von seinem Klagerechte auf Herausgabe der Kinder (§ 1632) keinen Gebrauch macht. Anders ist die Sache zu beurtheilen, wenn er darzulegen vermag, daß er ohne sein Verschulden seinen Anspruch bisher nicht hat durchführen können.

darf der Proceßrichter nicht, wie bisher, selbst über diese Frage entscheiden.

In ähnlicher Weise kann der Verpflichtete, mag er Verwandter auf- oder absteigender Linie sein, z. B. als Kind seinen Eltern gegenüberstehen, aus besonderen rechtfertigenden Gründen verlangen, daß ihm die Gewährung des Unterhalts in anderer Art als durch eine Geldrente gestattet wird. Diesem Begehren wird namentlich stattzugeben sein, wenn die Zahlung in barem Gelde dem Schuldner nach seinen Verhältnissen unverhältnißmäßig schwer wird, während ihm die Unterhaltung des Berechtigten in seinem Hausstande sehr wohl möglich ist, da ihm alsdann besondere Ausgaben für Wohnung, Bedienung, Heizung u. s. w. nicht erwachsen. Einen weiteren Grund bildet etwa Krankheit oder große Gebrechlichkeit des zu Unterhaltenden, die seine Ueberführung in eine Anstalt wünschenswerth erscheinen lassen, während die zweckentsprechende Verpflegung in seiner eigenen Wohnung sehr hohe Kosten verursachen würde. Die bloße größere Billigkeit des einen oder des anderen Verfahrens ist aber nicht ausschlaggebend; indem das Gesetz dem Bedürftigen für die Regel den Anspruch auf eine Geldrente gewährt, giebt es zu erkennen, daß der Schuldner die größeren Opfer, die sie fordert, im Interesse des Berechtigten tragen soll; nur eine unverhältnißmäßige Schwere der ihm auferlegten Last neben einer kleinen Unannehmlichkeit für jenen ist zu berücksichtigen. Der Bedürftige wird freilich in manchen Fällen sich genöthigt sehen, auf ein derartiges Anerbieten einzugehen, obwohl eine richterliche Entscheidung in diesem Sinne nicht herbeigeführt werden könnte, weil die höchste Geldrente, die dem Schuldner nach seinen Vermögensverhältnissen auferlegt werden könnte, nicht zur Bestreitung aller Bedürfnisse ausreicht, und ein anderer Verpflichteter nicht vorhanden ist. Dagegen kann der Bedürftige nie diese Art der Unterstützung fordern, selbst wenn sie ihm vortheilhafter wäre, und er der Gefahr schlechter Behandlung, der er bei widerwilliger Aufnahme in die Familie ausgesetzt ist, trotzen wollte. Die Bewilligung des Antrages des Verpflichteten gehört zur Zuständigkeit des Proceßrichters, der entweder auf den Einwand des Beklagten gegen die auf Leistung einer Geldrente gerichtete Klage des Bedürftigen oder auf eine Feststellungsklage des Schuldners die nöthigen Anordnungen erläßt.

III. Als Besonderheiten dieses Ausspruches sind hervorzuheben:

1. Für die Vergangenheit kann Erfüllung oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung erst von der Zeit an gefordert werden, wo der Verpflichtete in Verzug gekommen oder der Unterhaltsanspruch rechtshängig geworden ist (§ 1613), was sich durch den Zweck der geschuldeten Leistung, dem Berechtigten die Fristung seines Lebens zu ermöglichen, erklärt. Es könnte freilich fraglich erscheinen, ob nicht mit Rücksicht darauf, daß das Gesetz ihm regelmäßig ein Recht auf standesgemäßen Unterhalt gewährt, während es ihm vielleicht nur unter großen Entbehrungen möglich gewesen ist, sich bisher selbst zu erhalten, es angemessen wäre, ihn für den erlittenen Mangel durch Anerkennung der Forderung auch für die Vergangenheit zu entschädigen. Aber das Gesetz hat im Anschluß an die im gemeinen Recht beruhende Auffassung[1]) ihm eine solche nicht zugebilligt; es liegt ja auch regelmäßig in seiner Macht, den Schuldner alsbald in Verzug zu setzen. Nicht einmal die früher für den Fall, daß der Berechtigte Schulden gemacht hat, um sein Leben zu fristen, von Manchen anerkannte Ausnahme[2]) hat in dem BGB. Aufnahme gefunden, indem man von der Ansicht ausging, der Berechtigte solle keine Schulden zur Bestreitung seines Unterhaltes machen, sondern seine Verwandten in Anspruch nehmen. Von Bedeutung ist der Satz übrigens nicht bloß für den Bedürftigen selbst, sondern auch für Denjenigen, der nach § 1607 für den eigentlichen Schuldner hat eintreten müssen, sowie für Dritte, die freiwillig an seiner Statt geleistet haben, insofern die Annahme einer Bereicherung oder einer Geschäftsführung ohne Auftrag durch § 1613 ausgeschlossen sein kann. Der Ersatzmann hat ja eine Regreßforderung für die Vergangenheit nur, wenn sein Vordermann in Verzug gesetzt war. Der Verzug aber tritt nach BGB. § 284 durch eine Mahnung des Gläubigers ein, und diese ist gegenüber einem Schuldner, gegen den die Rechtsverfolgung im Inlande ausgeschlossen oder erheblich erschwert ist, häufig nur auf dem Wege des § 132 mittels Zustellung durch Vermittelung eines Gerichtsvollziehers oder gar durch öffentliche Zustellung möglich, was immerhin geraume Zeit in Anspruch nimmt. Außerdem hat der Berechtigte bei dieser Sachlage gar kein

[1]) Dernburg II § 31. | [2]) Vgl. Haidlen III S. 420.

Interesse daran, den Erstverpflichteten in Verzug zu setzen, sondern wird dies meistens dem Nachmanne überlassen[1]).

2. Ferner ist ein im Voraus ausgesprochener Verzicht auf Gewährung des Unterhalts für die Zukunft nichtig (§ 1614). Daraus ergiebt sich, daß auch Derjenige, der über einen ihm zustehenden Alimentationsanspruch einen Vergleich abgeschlossen hat, sich darauf berufen darf, das hierin liegende Aufgeben eines wirklich zu seinen Gunsten bestehenden Rechtes sei ungültig. Selbst gerichtliche Bestätigung des Vertrages, die nach der im gemeinen Rechte überwiegenden Meinung ihn wirksam werden läßt, vermag dies nicht zu hindern. Nur müßte der Bedürftige den Beweis führen, daß er durch den Vergleich thatsächlich eine Einbuße erlitten habe. — Im Anschlusse hieran ist weiter vorgeschrieben, daß der Schuldner sich durch Vorausleistung nicht unbedingt befreit. Geräth der Berechtigte trotz erhaltener Zahlung in erneute Bedürftigkeit, gleichviel ob sie durch einen unglücklichen Zufall oder durch sein Verschulden herbeigeführt ist, so darf jener sich auf seine Leistung nur für den Zeitabschnitt berufen, für den er nach § 760 Abs. 2 vorauszahlen mußte, oder den er selbst bestimmen durfte, wozu die Eltern befugt sind (vgl. oben II 3). Im letzteren Falle tritt die Befreiung aber nur für einen den Umständen nach *angemessenen* Zeitabschnitt ein, wodurch dem Richter eine nachträgliche Kontrole über die elterliche Bestimmung eingeräumt wird. Diese Vorschrift des § 1614 Abs. 2 ist nicht nur für das Verhältniß des Berechtigten zum Verpflichteten maßgebend. Sie kann auch zu Gunsten eines Dritten in Betracht kommen, der dem Bedürftigen in der Zwischenzeit Unterstützung gewährt hat, so namentlich Demjenigen, der ein Kind alimentirt hat (a. de in rem verso utilis des gemeinen Rechts). Da das BGB. hier keine besondere Klage gewährt, so kann er von dem Vater Ersatz für seine Auslagen nur aus dem Gesichtspunkte der Geschäftsführung ohne Auftrag oder der Bereicherung verlangen. Dieser trifft aber gerade dann zu, wenn der Vater die Zeitabschnitte für seine Leistungen zu lang bemessen und dadurch veranlaßt hat, daß der Sohn die ihm gewährten Mittel anderweitig verwendet hat.

[1]) Die Ansprüche der Armenverbände (RG. vom 6. Juni 1870), die ihnen offenbar ohne Rücksicht auf den ja auch damals schon geltenden Satz „in praeteritum non vivitur“ gewährt sind, haben durch § 1613 nicht berührt werden sollen. Protokolle IV S. 497.

3. Der Unterhaltsanspruch ist nach CPrO. § 850 N. 2 der Pfändung nicht unterworfen. Daher darf er nach BGB. § 400 auch nicht abgetreten werden, und es findet gegen ihn nach BGB. § 394 keine Aufrechnung mit Gegenforderungen des Unterhaltspflichtigen statt. Im Konkurse des Schuldners kann ihn der Berechtigte für die Zukunft nur geltend machen, so weit der Gemeinschuldner als Erbe des Verpflichteten haftet (KO. § 2 Abs. 2); die Ansprüche wegen Leistungen, die bereits vor der Konkurseröffnung fällig geworden waren, gehören dagegen zu den Konkursforderungen, so weit nicht der oben erwähnte § 1613 entgegensteht.

4. Die Klage auf Anerkennung der Unterhaltsberechtigung im Ganzen unterliegt der Verjährung nicht, weil sie keinen Anspruch im Sinne des BGB. § 194 betrifft. Die Klage auf Zahlung eines einzelnen Unterhaltsbeitrages verjährt in 4 Jahren (BGB. § 197).

IV. Der Anspruch erlischt mit dem Tode des Berechtigten. So weit er aber nach den unter III 1 angegebenen Voraussetzungen für die Vergangenheit nachgefordert werden darf, kann er auch noch von den Erben geltend gemacht werden, desgleichen, wenn er vor dem Tode fällig geworden war (§ 1615). Im letzteren Falle bleibt er für den ganzen, auf den laufenden Zeitabschnitt fallenden Betrag bei Bestand und wird so wenig nach Verhältnissen der Zeit, die der Berechtigte erlebt hat, zu dem Theile des Zeitabschnitts nach seinem Tode ungültig, wie bei Zahlung vor dem Tode etwas zurückverlangt werden darf.

Mit denselben Einschränkungen erlischt der Anspruch mit dem Tode des Verpflichteten. Die Verbindlichkeit ist von nun an von Demjenigen zu tragen, der nach § 1607 als Nächsthaftender eintritt (vgl. oben I 4). Dies kann der nächste Erbe des bisherigen Schuldners sein, aber nicht in seiner Eigenschaft als solcher, sondern wegen seiner Beziehung zum Bedürftigen, wie auch dessen Erbe aus eigenem Rechte einen Unterhaltsanspruch haben kann.

II. Die elterliche Gewalt.

§ 9.

1. Wesen und allgemeine Grundsätze.

I. Während bei den Römern unzweifelhaft dem Vater die Gewalt über seine Hauskinder zustand und ihm nur Rechte gab, keine

Pflichten auferlegte, iſt es ſtreitig, wie ſie nach dem älteſten deutſchen Rechte aufzufaſſen iſt. Die Einen[1]) ſehen in ihr nur eine Vertretungsbefugniß, die ihrem Inhalte nach mit der vormundſchaftlichen Gewalt übereinſtimmte, die Anderen[2]) eine ſchrankenloſe Macht, die der Hausherr nicht zum Schutze der Untergebenen, ſondern für ſich ausübte, die alſo der römiſchen patria potestas im Weſentlichen gleichartig war. Jedenfalls aber treten in den Anſchauungen beider Völker zwei Verſchiedenheiten deutlich hervor. Dem römiſchen Rechte iſt die feſte Geſchloſſenheit der Familie, der Hausgenoſſenſchaft eigenthümlich, kraft deren der Hausherr die ihm zuſtehenden Befugniſſe über alle ſeine Abkömmlinge, auch die entfernteren, bis an ſein Lebensende behält und ſelbſt mit ſeiner Einwilligung die Abſonderung eines einzelnen Mitgliedes nur um den Preis des Verluſtes aller Familien- und Erbrechte zuläſſig iſt. Und in engſtem Zuſammenhange hiermit beſteht für das Hauskind völlige Vermögensunfähigkeit, ſodaß Alles, was es erwirbt, dem Hausvater gehört. Das deutſche Recht legt zwar dem Familienverbande im weiteren Sinne, der Sippe, große Bedeutung bei — man denke an die Pflicht zur Theilnahme an der Fehde und an die Haftung für das Wehrgeld —, geſtaltet aber die Hausgenoſſenſchaft als loſere Vereinigung. Sobald der Sohn die Mündigkeit oder Volljährigkeit erreicht hat, darf er ein eigenes Hausweſen begründen und wird dadurch von der väterlichen Mund frei, ohne Schmälerung ſeiner Rechte im Verhältniß zu Eltern und Geſchwiſtern. Und er vermag ſchon während und trotz ſeiner Gewaltunterthänigkeit eigenes Vermögen für ſich zu erwerben, wenigſtens durch Erbgang[3]).

Die ſpätere Entwickelung brachte eine gewiſſe Ausgleichung dieſer Gegenſätze, inſofern die Römer in der Kaiſerzeit dem Hauskinde nach und nach allen Erwerb, den es von einem Anderen als ſeinem Vater machte, als ſein Eigentum zuwieſen. Außerdem fanden vielfache

---

[1]) So namentlich Kraut, Die Vormundſchaft II, 586 ff., v. Roth, Syſtem II § 151. Vgl. auch Stobbe IV § 250, der aber (unter 6) doch die väterliche Gewalt auf das Beſtimmteſte von der heutigen Vormundſchaft unterſcheidet.

[2]) Vgl. z. B. Heusler, Inſtitutionen des Deutſchen Privatrechts I S. 105, 107, 119. II 431 ff., 480. Schroeder, Lehrb. d. Deutſchen Rechtsgeſchichte S. 65—66.

[3]) Hierauf beſchränkt ſeine Erwerbsfähigkeit Heusler a. a. O. II S. 442. Weiter gehen z. B. Stobbe IV §§ 254, I, v. Roth, Syſtem II § 163.

Milderungen der urſprünglichen Strenge der Gewalt bei beiden Völkern ſtatt. Daher vollzog ſich auch auf dieſem Gebiete die Reception des römiſchen Rechtes, aber ſie blieb eine mehr äußerliche, während auf das innerliche Weſen und die aus ihm ſich ergebenden allmählichen Umbildungen die Gedankenwelt unſerer Vorfahren ihren Einfluß behielt. Allerdings wurde im Vermögen des Kindes von nun an zwiſchen peculium profectitium und peculium castrense oder quasi castrense und zwiſchen bona adventicia regularia und irregularia unterſchieden, und das Nutzungsrecht des Gewalthabers, das in Deutſchland gleichfalls von jeher beſtanden hatte, geſtaltete ſich genauer im Anſchluſſe an die römiſchen Beſtimmungen. Aber die fremde Emancipation bürgerte ſich nur in geringem Maße ein, vielmehr fand die väterliche Gewalt in der alten Weiſe regelmäßig ihr Ende durch Anlegung eines eigenen Haushaltes ſeitens des Sohnes oder Verheirathung der Tochter. Die ſog. unitas personarum wurde, von der romaniſtiſchen Wiſſenſchaft und Rechtſprechung allerdings nur zögernd[1]), aufgegeben. Und während der römiſche Hausvater bei Geſchäften des unmündigen Gewaltuntergebenen weder nach Art eines Tutor eine auctoritatis interpositio vornehmen konnte, noch wie ein Curator des Minderjährigen behandelt wurde und nur bei dringendem Bedürfniſſe, z. B. beim Erbſchaftsantritte eines infans[2]), als Vertreter des Kindes auftreten durfte, erhielt ſich im deutſchen Rechte ſeine mindeſtens ſeit dem 13. Jahrhundert beſtehende Befugniß, für das Kind Rechtsgeſchäfte vorzunehmen. In dieſem Sinne war er wirklich väterlicher Vormund, wenn ſich ſonſt auch ſeine Gewalt von der eines Vormundes erheblich unterſchied. Die ſpäteren Geſetzgebungen haben ihn zum Theil völlig einem Vormunde gleichgeſtellt und ihm manchmal ſogar ſein Nutzungsrecht am Kindesvermögen entzogen. Faſt allgemein hat man ihn einer gewiſſen obervormundſchaftlichen Beaufſichtigung unterworfen, die aus der mittelalterlichen Oberaufſicht der Sippe hervorgegangen iſt[3]). Nur ſelten wurde das reine römiſche Recht feſtgehalten[4]). Das

[1]) Stölzel, Das Recht d. väterl. Gewalt in Preußen. S. 25 giebt Nachweiſungen hierüber aus der Praxis. Vgl. auch Reichsgericht 16 S. 113.

[2]) c. 18 pr. Cod. 6, 30.

[3]) Schroeder a. a. O. S. 319.

[4]) Stobbe IV § 252, I. Die verſchiedenen Standpunkte der neueren Landesrechte legt dar v. Roth, Syſtem II § 163; eine Ueberſicht über den geſammten europäiſchen Rechtszuſtand giebt K. Lehmann in Iherings Jahrbüchern 25 S. 142 ff.

BGB. hat sich in der Hauptsache der mittleren Gruppe angeschlossen. Es stellt die elterliche Gewalt nicht einfach der Vormundschaft gleich und gewährt ihrem Inhaber die Nutznießung am Kindesvermögen. Ein Gegenvormund wird nie bestellt, von einer ständigen Aufsicht des Vormundschaftsgerichtes ist keine Rede, das Gesetz läßt den Vater nur für diejenige Sorgfalt haften, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, verlangt von ihm nicht die Verzinsung von Geldern, die er für sich verwendet hat, und stellt ihn umgekehrt bei Aufwendungen, die er gemacht hat, ungünstiger als den Vormund. Aber überwiegend faßt es die Gewalt als Pflicht auf, zerlegt sie in die Sorge für die Person des Kindes und die Sorge für sein Vermögen, läßt sie zu der Zeit endigen, wo nach den allgemeinen Grundsätzen der Mensch selbständig und unbeschränkt handlungsfähig wird, d. h. mit der Volljährigkeit. Es überträgt eine Reihe von Beschränkungen, die für den Vormund gelten, auch auf den Gewalthaber, so seinen Ausschluß von der Vertretung bei einer Interessencollision, die Unzulässigkeit von Schenkungen aus dem Kindesvermögen, die Vorschriften für die Anlegung von Geldern und die Verbindlichkeit zur Rechenschaftslegung. Endlich verpflichtet es den Vater wenigstens unter Umständen, wenn auch nicht in demselben Umfange wie den Vormund, zur Errichtung eines Vermögensverzeichnisses.

Hiernach leitet die elterliche Gewalt ihre Berechtigung aus der natürlichen Unselbständigkeit des Hauskindes ab. Wegen ihrer bedarf es, wie jeder Minderjährige, des Schutzes und der Fürsorge. Weil es seine Angelegenheiten noch nicht selber zu ordnen und seine Rechte nicht zu vertheidigen vermag, oder wenigstens der Gesetzgeber ihm in Hinblick auf sein jugendliches Alter die Fähigkeit dazu nicht zutraut, muß ein Anderer für das Kind diese Ordnung und Vertheidigung übernehmen. Selbst das Erziehungsrecht der Eltern erstreckt sich, diesem Grundgedanken entsprechend, nicht nur auf die unerwachsenen Kinder, sondern dauert bis zum vollendeten 21. Lebensjahre. Daraus ergiebt sich weiter, daß diese vormundschaftsartige Schutzgewalt überflüssig wird, wenn das Kind vorzeitig durch Volljährigkeitserklärung als zur Selbständigkeit befähigt anerkannt wird. Ebenso bleibt für sie nur noch beschränkter Raum, wenn schon einem Anderen jene Sorge zufällt, wie dem Ehemanne der verheiratheten Tochter. Nach dem Wesen des ehelichen Verhältnisses ist er in

höherem Grade zu ihrer Ausübung berufen, als der Vater. Seine Rechte drängen deshalb die elterliche Gewalt zurück, freilich ohne sie ganz aufzuheben. Andererseits kommt nur diejenige Schutzbedürftigkeit in Betracht, die in der Jugend des Kindes begründet ist. Für den Geisteskranken kann nach erreichter Volljährigkeit zwar auch der Vater zum Vormunde bestellt werden, unterliegt dann aber allen Pflichten und Beschränkungen eines solchen.

Auch das Nießbrauchsrecht des Vaters beruht nicht auf einer einfach eigennützigen Ursache oder sonst auf einem ganz besonderen Grunde, sondern ist ebenfalls als Ausfluß der Unselbständigkeit des Kindes aufzufassen. Im Verhältnisse zu seinen Eltern erscheint der Gewaltuntergebene noch nicht als vollberechtigter Eigenthümer seines Vermögens, er ist nur untergeordnetes Mitglied der Familie; was ihm gehört, ist gleichsam noch Familieneigenthum. Weil er von der Familie unterhalten wird und daher eigene Lebensbedürfnisse nicht oder nur in geringem Maße hat, muß er sich gefallen lassen, daß die Einkünfte seines Vermögens für alle Genossen dieser engen Verbindung verwendet werden. Oberhaupt der Familie aber ist der Gewalthaber. Er hat daher die Befugniß, über die Verwendung im Einzelnen zu bestimmen. Wegen dieser seiner Stellung und mit Rücksicht auf das Vertrauen, das ihm seinen Kindern und überhaupt der Familie gegenüber geschenkt werden muß, hat das Gesetz darauf verzichtet, durch besondere Maßregeln den Verbrauch der Einkünfte im gleichmäßigen Interesse aller Familienmitglieder zu sichern. Das Nutznießungsrecht kann also thatsächlich völlig eigennützig ausgeübt werden, z. B. zur Ansammlung von Kapital. Aber es ist als angemessener erschienen, diese Folge etwaiger Lieblosigkeit hinzunehmen, als durch eine behördliche Aufsicht in die inneren Familienverhältnisse einzugreifen. Nur in der einen Beziehung stellt die Rechtsordnung bindende Grundsätze auf, als der Gewalthaber die aus ihr fließenden Einkünfte zunächst für den Unterhalt der Kinder verwenden muß (vergl. oben § 8 I 1). Soweit sie hierzu nicht gebraucht werden, oder wenn das Kind außerdem noch freies Vermögen (§§ 1650, 1651) besitzt, fällt auch diese Beschränkung hinweg.

Aus diesem Wesen der elterlichen Gewalt ergiebt sich, daß sie zwei ungleichartige Befugnisse in sich schließt. Die Fürsorge für die Person des Kindes und die Verwaltung seines Vermögens bildet in erster Linie eine Pflicht, der elterliche Nießbrauch dagegen fast aus-

schließlich ein Recht. Jene haben große Aehnlichkeit mit einer Vormundschaft, dieser läßt sich mit ihr nicht vergleichen. Bei jenen werden wir uns in Zweifelfällen für die Meinung zu entscheiden haben, die dem Kinde am Günstigsten ist, bei diesem würde derselbe Gesichtspunkt nicht anwendbar sein. Die Fürsorge muß mit dem Aufhören der rechtlichen Unselbständigkeit ihr Ende erreichen; die enge häusliche Verbindung, welche die wirthschaftliche Unselbständigkeit begründet und das elterliche Nießbrauchsrecht hervorruft, kann länger dauern und übt dann, wie wir gesehen haben (§ 7 VI) ähnliche, wenn auch schwächere Wirkungen als die elterliche Gewalt. Der Verlust, sowie die Beschränkung der Fähigkeit, die elterliche Gewalt auszuüben, zieht nicht auch den Verlust der Nutznießung nach sich, und andererseits kann die Nutznießung ausgeschlossen sein oder endigen, ohne daß die Gewalt aufhört.

Die elterliche Gewalt erstreckt sich nicht auf Angelegenheiten, für die ein Pfleger bestellt ist (§ 1628). Unter welchen Voraussetzungen dies der Fall ist, wird später erörtert werden (vgl. § 13). Die Bestellung kann sich entweder auf die Sorge für die Person oder auf die Sorge für das Vermögen beziehen; wird dem obrigkeitlich ernannten Vertreter des Kindes Beides übertragen, so ist er kein bloßer Pfleger mehr, sondern ein Vormund (vgl. BGB. § 1773). Neben einem solchen kann ein Inhaber der elterlichen Gewalt nicht vorkommen, wohl aber neben einem Pfleger. Sobald dann eine Handlung sowohl die Person als das Vermögen des Kindes betrifft, müssen Beide zusammenwirken; bei Meinungsverschiedenheiten zwischen ihnen fällt die Entscheidung dem Vormundschaftsgerichte zu.

II. Das BGB. spricht nicht mehr von väterlicher, sondern von elterlicher Gewalt, und die Denkschrift[1]) erklärt, daß sie vom Standpunkte des Gesetzes aus ein seinem Wesen nach beiden Eltern gemeinsam zustehendes Recht sei. Das darf jedoch nicht mißverstanden werden. Allerdings besitzt die Mutter nach § 1634 schon während bestehender Ehe einen, wenn auch ziemlich beschränkten Antheil an der Sorge für die Person des Kindes, und bei Trennung der Ehe fällt diese nicht immer an den Vater. Aber Aehnliches kam schon im römischen und gemeinen Rechte vor, obgleich nach ihnen unzweifelhaft nur eine patria potestas bestand. Und daß die Mutter nach dem Tode

[1]) Haiblen III S. 434.

des Vaters an seine Stelle tritt, deutet doch auch nicht auf ein gemeinsam zustehendes Recht. Dennoch enthält das BGB., wie schon in § 7 angedeutet ist, einen Bruch mit der Auffassung der Vergangenheit, der gerade in der Möglichkeit einer mütterlichen Gewalt zu Tage tritt. Nach älterem deutschen und römischen Rechte kann immer nur der Vater Inhaber der Gewalt sein, weil er rechtlich Herr des Hauses ist, weil alle Hausgenossen unter seiner Vogtei oder potestas stehen. Nur er ist in dem vollen Maße unabhängig und selbständig, daß er eine Herrschaft über andere auszuüben vermag. Im heutigen Rechte verhält sich dies anders, nicht weil sich das Verhältniß des Vaters zu seinen Kindern wesentlich geändert hätte, sondern weil das Verhältniß des Mannes zur Frau ein anderes geworden ist. Es giebt keine Hausherrschaft in dem alten Sinne mehr, der Mann ist nur primus inter pares. Die Frau ist ihm grundsätzlich gleichberechtigt, ohne doch wie bei der römischen freien Ehe rechtlich gleichsam außerhalb der Familie zu stehen. Nur um Streitigkeiten zu vermeiden und bei Meinungsverschiedenheiten eine Entscheidung zu sichern, ist der Mann als das Oberhaupt der Familie anerkannt und stehen eine Reihe von Rechten ihm und nun allerdings auch ihm allein zu. Das übt mittelbar auch auf das Gewaltverhältniß zu den Kindern insofern Einfluß, als dem Vater seine Befugnisse nicht mehr als Ausfluß einer Hausherrschaft gebühren, sondern kraft seiner Stellung als einem der beiden Eltern. Die elterliche Gewalt steht heute nicht mehr unvermittelt neben einem anders gearteten natürlichen Verhältniß zwischen Eltern und Kindern, sondern ist grundsätzlich gleichen Wesens mit ihm und bildet nur eine besondere Seite innerhalb des gesammten Rechtsverhältnisses. Die Verpflichtung des Kindes zur Einholung der elterlichen Einwilligung bei Eingehung einer Ehe hätte sich z. B. ebenso gut als Ausfluß der elterlichen Gewalt gestalten lassen, anstatt, wie das Gesetz gethan hat, als Folge des Kindesverhältnisses im Allgemeinen. Dies erhellt namentlich daraus, daß das Einwilligungsrecht nur für die Dauer der Minderjährigkeit besteht, und daß es bei ungerechtfertigter Verweigerung durch Zustimmung des Vormundschaftsgerichtes beseitigt werden kann, also wesentlich im Interesse des Kindes gehandhabt werden soll.

So hat das BGB. die schon im römischen Rechte beginnende Entwickelung einer Umgestaltung des Wesens der alten patria potestas,

die im gemeinen Rechte und den neueren Geſetzgebungen weiter fortgeſchritten war, folgerichtig zu Ende geführt und auch die Spuren des früheren Zuſtandes, die ſich bisher noch erhalten hatten, beſeitigt. Von einer „Perſoneneinheit" zwiſchen Vater und Kind, an der man in einzelnen gemeinrechtlichen Gebieten noch bis in die neuere Zeit feſthielt[1]), kann keine Rede mehr ſein; einem Erwerbe des einen aus dem Vermögen des anderen ſteht nichts mehr entgegen, es kann nicht länger bezweifelt werden, daß es kein peculium profectitium mehr gibt, die actiones adjectitiae qualitatis ſind aufgegeben, der Vater kann nicht einen dem Kinde angebotenen, von dieſem ausgeſchlagenen Erwerb für ſich machen, und die Eigenſchaft als Hauskind ſchließt die Fähigkeit zur Errichtung eines Teſtamentes nicht aus. Wird das Kind im Intereſſe des Vaters thätig, ſo liegt Auftrag oder Vollmacht oder Geſchäftsführung ohne Auftrag vor; die entſtehenden Rechtsverhältniſſe unterſcheiden ſich nicht von denjenigen, die unter den entſprechenden Vorausſetzungen für und durch einen Gewaltfreien begründet ſind. Hat das Kind alſo auf Grund eines Auftrages oder einer Vollmacht im Namen ſeines Gewalthabers gehandelt, ſo wirkt ſeine Willenserklärung unmittelbar für und gegen dieſen (BGB. §§ 164, 165), es ſelber iſt weder dem anderen Theile verpflichtet noch mit Rückſicht auf ſeine Minderjährigkeit dem Vater aus der Uebernahme des Auftrages, es müßte denn ein hierbei beſonders zugezogener Pfleger ſeine Einwilligung ertheilt haben[2]). Tritt das Kind als Geſchäftsführer ohne Auftrag auf, ſo entſteht nach den gleichen Grundſätzen keine Verbindlichkeit (abgeſehen von den Ausnahmefällen des § 682), und im Uebrigen findet § 177 Anwendung. Daß es den Mangel der Vollmacht dem Gegner kundzugeben unterlaſſen hat, ſchadet ihm nicht (§ 179 Abſ. 3). Sollte es die Willenserklärung im eigenen Namen abgegeben haben, ſo iſt ſie ungültig, wenn der Vater ſeine Einwilligung nicht gegeben, noch auch das Geſchäft genehmigt hat (§ 107); andernfalls iſt das Kind aus ihr verpflichtet, obwohl es nur im Intereſſe des Vaters handeln will. Falls es ein Rechtsgeſchäft im Namen des Letzteren zu ſchließen beabſichtigte, dieſen Willen aber nicht erkennbar hervortreten ließ, muß meiſtens der

[1]) Vgl. z. B. Seuffert XV Nr. 30, XXVI Nr. 138. Dagegen Reichsgericht 16 S. 113.

[2]) BGB. § 107. Der Vater allein kann ſeinen Auftrag wegen § 181 nicht für das Kind verbindlich machen.

Mangel des Willens, in eigenem Namen zu handeln, trotz BGB. § 164 Abs. 2 in Betracht gezogen werden. Denn es besteht hier nicht eine Haftung aus unerlaubter Handlung oder aus einer bloßen Thatsache, sondern jene Vorschrift ist dahin aufzufassen, daß zur Sicherung des Verkehrs dem anderen Geschäftstheilnehmer, der annehmen mußte, daß sein Gegner in eigenem Namen handele, gestattet wird, sich an ihn zu halten, als ob er wirklich das Geschäft für sich abgeschlossen hätte[1]). Ihn in Anspruch nehmen, würde er aber auch von dieser Voraussetzung aus nur dürfen, wenn der Gegner geschäftsfähig wäre. Die Haftung des Kindes ist deshalb regelmäßig nach § 107 ausgeschlossen, wie durch § 179 Abs. 3 bestätigt wird. Eine etwa ertheilte Einwilligung des Gewalthabers ist, wie man gerade aus dem Verhalten des Kindes schließen darf, im Zweifel nur dahin ergangen, daß im Namen des Einwilligenden gehandelt werden solle, und dies ist nicht ausgeführt. Nur dann, wenn der Gewalthaber damit einverstanden ist, daß das Kind äußerlich als Contrahent auftreten solle, das Kind aber aus Mißverständniß das Geschäft nicht in eigenem Namen eingehen will, jedoch in dem andern Theile den Glauben erweckt, daß es dies thue, haftet es, weil sowohl die Voraussetzung des § 164 Abs. 2, als auch die zur Entstehung einer Verbindlichkeit nothwendige Einwilligung des gesetzlichen Vertreters vorliegt.

Wird dem Kinde ein Vermögensstück hingegeben, das es zu seinem eigenen Vortheile verwenden soll, so kann dies je nach der Absicht der Betheiligten Eigenthumsübertragung oder Ueberlassung zur Nutznießung sein. In beiden Fällen braucht der Gewalthaber nur solche Verfügungen anzuerkennen, zu denen das Kind kraft des ihm übertragenen Rechtes befugt ist. Anderweitige Verpflichtungen entstehen hieraus, von besonderen Rechtsgründen abgesehen, für den Vater nicht, und ob das Kind aus den betreffenden Geschäften haftet, ist wieder nach den allgemeinen Grundsätzen, insbesondere nach BGB. § 106 ff. zu beurtheilen. Die Sache liegt also genau ebenso, als ob das Vermögensstück einem fremden Minderjährigen unter denselben Bedingungen hingegeben wäre.

III. Die elterliche Gewalt gewährt ihrem Inhaber sowohl in

[1]) Planck I, Erl. 2 zu § 164. Vgl. auch Matthiaß I S. 213 bei Anm. 1.

Bezug auf die Sorge für die Person des Kindes wie in Bezug auf die Sorge für sein Vermögen die Befugniß zur Vertretung, er ist sein „gesetzlicher Vertreter". Ist der Gewaltunterworfene über die Jahre der Geschäftsunfähigkeit hinaus, so darf er selber Willenserklärungen abgeben und entgegennehmen, ist aber an die Zustimmung des Gewalthabers gebunden. Es ist jedoch nicht zu bezweifeln, daß nach BGB. wie nach dem bisherigen Rechte der Vater auch hier für das Kind handeln darf, und dies wird auch in Zukunft thatsächlich die Regel bilden. Bei denjenigen Geschäften, bei denen jegliche Vertretung ausgeschlossen ist, findet dies natürlich keine Anwendung. So muß die Tochter die zur Eheschließung erforderliche Erklärung vor dem Standesbeamten persönlich abgeben (BGB. § 1317), und Testamente und Erbverträge müssen von dem Erblasser selber errichtet und geschlossen werden, auch wenn er ein Hauskind ist (BGB. §§ 2064, 2274, 2275 Abs. 2, vgl. weiter §§ 1437. 1750. 1751). Ist das Kind geschäftsunfähig, z. B. geisteskrank, so können die hierher gehörenden Rechtshandlungen überhaupt nicht vorgenommen werden; ausnahmsweise werden jedoch bei dieser Sachlage die Befugnisse des gesetzlichen Vertreters auf die Anfechtung der Ehe (BGB. § 1336, CPrO. § 612 Abs. 2), auf den Abschluß, die Anfechtung und die Anfechtung der Aufhebung des Annahmevertrages bei der Adoption (BGB. §§ 1750, 1755, 1770), sowie auf die Anfechtung eines Erbvertrages (BGB. § 2282 Abs. 2) und die Eingehung eines Erbverzichtes als Erblasser (BGB. § 2347 Abs. 2) erstreckt. In einer Reihe dieser und ähnlicher Fälle wird der in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte vom Gesetze ermächtigt, die Willenserklärung ohne Zustimmung seines Vertreters mit voller Wirksamkeit vorzunehmen; ebenso besitzt er nach CPrO. § 611 volle Proceßfähigkeit für Ehesachen[1]); auch dann bleibt ein Handeln des Gewalthabers für ihn ausgeschlossen. Anders verhält es sich dagegen, wo er auf Grund des BGB. § 113 das Kind zur Eingehung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses ermächtigt hat. Dieses wird dadurch für solche

[1]) Anfechtung und Bestätigung der Ehe (BGB. §§ 1336 — aber Abs. 2 a. E. — und 1337), Ertheilung der Einwilligung der Frau zur Ehelichkeitserklärung eines Kindes des Mannes (§ 1729 Abs. 3) und deren Anfechtung (§ 1731), Einwilligung der Mutter des Kindes und des Ehegatten des Annehmenden in die Annahme an Kindesstatt (§ 1748) und deren Anfechtung (§ 1755), Anfechtung eines Erbvertrages (§ 2282), Erbverzicht (§ 2347).

Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig, welche die Eingehung oder Aufhebung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses der gestatteten Art oder die Erfüllung der sich aus einem solchen Verhältnisse ergebenden Verpflichtungen betreffen. Es darf sich aber zur Abgabe von Willenserklärungen wie Andere eines Vertreters bedienen, und es steht nichts entgegen, daß es seine Vertretung dem Inhaber der elterlichen Gewalt überträgt. Aber nur kraft Vollmacht, nicht von Gesetzes wegen hat Letzterer hier die Befugniß, für das Kind zu handeln, darf sich also mit dessen Willen nicht in Widerspruch setzen; auch kommt es, wenn ihm bestimmte Weisungen ertheilt sind, auf das Kennen oder Kennenmüssen des Kindes und nicht des Vaters an (vgl. BGB. § 166 Abs. 2). Aber nur die Vertretungspflicht des Gewalthabers fällt hinweg [1]), nicht auch sein Vertretungsrecht, weil jene Genehmigung jederzeit und formlos zurückgenommen oder eingeschränkt werden kann. In dem späteren auftraglosen Abschlusse eines Rechtsgeschäftes der fraglichen Art liegt dann eine stillschweigende, völlige oder theilweise Zurücknahme [2]). In Bezug auf den Abschluß von Lehrverträgen ist eine derartige allgemeine Gestattung nicht möglich, weil sie nicht zu den Dienst- oder Arbeitsverträgen gehören [3]). Dagegen ist es dem Vater nicht verwehrt, dem Kinde die selbständige Eingehung eines derartigen Rechtsverhältnisses im einzelnen Falle zu überlassen, wie sich aus BGB. § 107 ergiebt, da die Einwilligung nicht in einer bestimmten Form ertheilt zu werden braucht und auch dem Minderjährigen gegenüber erklärt werden kann; nur würde dann zu jeder weiteren sich hieran anschließenden Rechtshandlung eine neue Einwilligung erforderlich sein. Die einmal gewährte Ermächtigung zum selbständigen Betriebe eines Erwerbsgeschäftes (BGB. § 112) kann nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes zurückgenommen werden. Daher ist der Gewalthaber nicht ohne Weiteres befugt, Handlungen in Bezug auf dieses Erwerbsgeschäft für das Kind vorzunehmen, sondern muß von ihm hierzu bevollmächtigt werden. — Gleichberechtigt neben einander sind Beide zum Handeln befugt, so daß keiner der Zustimmung des andern bedarf, ihn aber auch nicht durch

[1]) Erklärungen, die in Bezug auf das Dienstverhältniß von einem Anderen dem Kinde gegenüber abzugeben sind, braucht er also nicht entgegenzunehmen.

[2]) Ist dem Vater von dem Kinde ein Auftrag zu einer einzelnen Handlung ertheilt worden, so wird man im Zweifel anzunehmen haben, daß er auf Grund dieses Auftrages thätig wird.

[3]) Planck I Erl. 2 zu § 113.

seinen Widerspruch zu hindern vermag, bei dem Antrage auf Volljährigkeitserklärung und bei Beschwerden in den die Person des Kindes betreffenden Angelegenheiten [1]), falls nur das Kind das 14. Lebensjahr vollendet hat.

Das Recht zur Vertretung des Kindes erleidet sowohl in den persönlichen wie in den Vermögensangelegenheiten gewisse Ausnahmen:

1. Zunächst kann nach dem allgemeinen Grundsatze des BGB. § 181 der Vater nicht im Namen des Kindes mit sich in seinem eigenen Interesse oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft vornehmen (wozu auch die Führung von Rechtsstreitigkeiten zwischen Beiden gehört), es sei denn, daß das Geschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Abgesehen von diesem letzteren Falle wird daher die Bestellung eines Pflegers für das Kind nothwendig.

2. Sodann hat § 1630 Abs. 2 gerade hier Vorschriften des Vormundschaftsrechtes entsprechend angewendet und den Vater in den Fällen des § 1795 von der Vertretung ausgeschlossen. Dahin gehören Rechtsgeschäfte zwischen dem Kinde und dem Ehegatten des Vaters oder seinen Verwandten in gerader Linie, auch hier wieder mit Ausnahme der bloßen Erfüllung einer Verbindlichkeit, sowie Rechtsstreitigkeiten zwischen den bezeichneten Personen und dem Kinde, und ferner Rechtsgeschäfte, welche die Uebertragung oder Belastung einer durch Pfandrecht, Hypothek oder Bürgschaft gesicherten Forderung des Kindes gegen den Gewalthaber oder die Aufhebung oder Minderung dieser Sicherheit zum Gegenstande haben, oder die Verpflichtung des Kindes zu einer solchen Uebertragung, Belastung, Aufhebung oder Minderung begründen [2]), sowie Rechtsstreitigkeiten über eine derartige Angelegenheit.

Das Gesetz hat es vermieden, Zuwiderhandlungen für nichtig zu erklären; die betreffende Handlung ist demnach als von einem Vertreter ohne Vollmacht vorgenommen zu behandeln und unterliegt den Vorschriften des BGB. §§ 177—180. Einseitige Rechtshandlungen des Vaters sind daher gültig, wenn der Gegner mit ihrer Vornahme

---

[1]) Freiw. Gerichtsb. §§ 56, 59.

[2]) Gemeint sind Rechtsgeschäfte des Vaters mit Dritten. Geschäfte zu seinen eigenen Gunsten fallen schon unter BGB. § 181 (oben Nr. 1). Fischer-Henle Anm. 4 zu § 1795.

einverstanden war, andernfalls stehen sie den Verträgen gleich. Nach § 180 a. E. gilt das Gleiche, wenn ein einseitiges Rechtsgeschäft gegenüber einem Vertreter ohne Vertretungsmacht mit dessen Einverständniß vorgenommen wird. Nach dem Zwecke des § 1795 kann dies wohl auf Rechtsgeschäfte, die dem Gewalthaber gegenüber vorgenommen werden, keine entsprechende Anwendung finden. Verträge werden durch die Genehmigung des Vertretenen gültig, die von dem Kinde nach Beendigung der elterlichen Gewalt, vorher nur durch einen Pfleger ertheilt werden kann. Bis dahin wäre nach § 178 der andere Theil zum Widerrufe berechtigt; die dabei gestellte Bedingung, daß er den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt habe, kann aber selbst bei einem Fremden thatsächlich nicht leicht vorkommen, er müßte sich denn im Rechtsirrthum befunden haben (der ihm dann freilich nicht schadet)[1]). Nach § 177 darf ferner der andere Theil den Vertretenen zur Erklärung über die Genehmigung auffordern, und diese muß binnen zwei Wochen erfolgen. Da das Kind die Erklärung nicht in rechtsgültiger Weise abgeben kann, so hätte es keinen Sinn, die Aufforderung ihm selber zugehen zu lassen. Es muß also die Bestellung eines Pflegers erwirkt werden. Sich an den Vater zu wenden, ist auch hier wohl schwerlich zulässig; nimmt man das Gegentheil an, so hat er die Pflicht, rechtzeitig vor Ablauf der Frist die Ernennung eines Pflegers zu beantragen. Da dies sich nicht immer so schnell beschaffen läßt, daß der Pfleger sich innerhalb der zwei Wochen über die Ertheilung oder Verweigerung der Genehmigung schlüssig machen kann, so wird übrigens der Vater, um den Vertrag zu Stande zu bringen, meistens schon dafür sorgen, daß das Geschäft von vornherein durch einen gehörig bevollmächtigten Vertreter abgeschlossen wird.

3. Endlich kann das Vormundschaftsgericht dem Vater die Vertretung bei einer einzelnen Gelegenheit entziehen, sobald seine Interessen oder diejenigen seines Ehegatten oder seines Verwandten in gerader Linie oder eines von ihm vertretenen Dritten zu denen des Kindes in erheblichem Gegensatze stehen (§ 1634, verb. m. 1796). Ein solcher liegt z. B. vor, wenn wegen einer Schuld des Vaters

[1]) Bei den einseitigen Rechtsgeschäften ist beim Vorliegen jedes Irrthums der Widerruf ausgeschlossen, weil bei ihnen die Heilbarkeit des Mangels Einverständniß mit ihrer Vornahme durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht, also gerade Bewußtsein davon, daß ihm diese Macht fehlt, voraussetzt.

seinen Widerspruch zu hindern vermag, bei dem Antrage auf Volljährigkeitserklärung und bei Beschwerden in den die Person des Kindes betreffenden Angelegenheiten [1]), falls nur das Kind das 14. Lebensjahr vollendet hat.

Das Recht zur Vertretung des Kindes erleidet sowohl in den persönlichen wie in den Vermögensangelegenheiten gewisse Ausnahmen:

1. Zunächst kann nach dem allgemeinen Grundsatze des BGB. § 181 der Vater nicht im Namen des Kindes mit sich in seinem eigenen Interesse oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft vornehmen (wozu auch die Führung von Rechtsstreitigkeiten zwischen Beiden gehört), es sei denn, daß das Geschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Abgesehen von diesem letzteren Falle wird daher die Bestellung eines Pflegers für das Kind nothwendig.

2. Sodann hat § 1630 Abs. 2 gerade hier Vorschriften des Vormundschaftsrechtes entsprechend angewendet und den Vater in den Fällen des § 1795 von der Vertretung ausgeschlossen. Dahin gehören Rechtsgeschäfte zwischen dem Kinde und dem Ehegatten des Vaters oder seinen Verwandten in gerader Linie, auch hier wieder mit Ausnahme der bloßen Erfüllung einer Verbindlichkeit, sowie Rechtsstreitigkeiten zwischen den bezeichneten Personen und dem Kinde, und ferner Rechtsgeschäfte, welche die Uebertragung oder Belastung einer durch Pfandrecht, Hypothek oder Bürgschaft gesicherten Forderung des Kindes gegen den Gewalthaber oder die Aufhebung oder Minderung dieser Sicherheit zum Gegenstande haben, oder die Verpflichtung des Kindes zu einer solchen Uebertragung, Belastung, Aufhebung oder Minderung begründen [2]), sowie Rechtsstreitigkeiten über eine derartige Angelegenheit.

Das Gesetz hat es vermieden, Zuwiderhandlungen für nichtig zu erklären; die betreffende Handlung ist demnach als von einem Vertreter ohne Vollmacht vorgenommen zu behandeln und unterliegt den Vorschriften des BGB. §§ 177—180. Einseitige Rechtshandlungen des Vaters sind daher gültig, wenn der Gegner mit ihrer Vornahme

---

[1]) Freiw. Gerichtsb. §§ 56, 59.

[2]) Gemeint sind Rechtsgeschäfte des Vaters mit Dritten. Geschäfte zu seinen eigenen Gunsten fallen schon unter BGB. § 181 (oben Nr. 1). Fischer-Henle Anm. 4 zu § 1795.

einverstanden war, andernfalls stehen sie den Verträgen gleich. Nach § 180 a. E. gilt das Gleiche, wenn ein einseitiges Rechtsgeschäft gegenüber einem Vertreter ohne Vertretungsmacht mit dessen Einverständniß vorgenommen wird. Nach dem Zwecke des § 1795 kann dies wohl auf Rechtsgeschäfte, die dem Gewalthaber gegenüber vorgenommen werden, keine entsprechende Anwendung finden. Verträge werden durch die Genehmigung des Vertretenen gültig, die von dem Kinde nach Beendigung der elterlichen Gewalt, vorher nur durch einen Pfleger ertheilt werden kann. Bis dahin wäre nach § 178 der andere Theil zum Widerrufe berechtigt; die dabei gestellte Bedingung, daß er den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt habe, kann aber selbst bei einem Fremden thatsächlich nicht leicht vorkommen, er müßte sich denn im Rechtsirrthum befunden haben (der ihm dann freilich nicht schadet)[1]). Nach § 177 darf ferner der andere Theil den Vertretenen zur Erklärung über die Genehmigung auffordern, und diese muß binnen zwei Wochen erfolgen. Da das Kind die Erklärung nicht in rechtsgültiger Weise abgeben kann, so hätte es keinen Sinn, die Aufforderung ihm selber zugehen zu lassen. Es muß also die Bestellung eines Pflegers erwirkt werden. Sich an den Vater zu wenden, ist auch hier wohl schwerlich zulässig; nimmt man das Gegentheil an, so hat er die Pflicht, rechtzeitig vor Ablauf der Frist die Ernennung eines Pflegers zu beantragen. Da dies sich nicht immer so schnell beschaffen läßt, daß der Pfleger sich innerhalb der zwei Wochen über die Ertheilung oder Verweigerung der Genehmigung schlüssig machen kann, so wird übrigens der Vater, um den Vertrag zu Stande zu bringen, meistens schon dafür sorgen, daß das Geschäft von vornherein durch einen gehörig bevollmächtigten Vertreter abgeschlossen wird.

3. Endlich kann das Vormundschaftsgericht dem Vater die Vertretung bei einer einzelnen Gelegenheit entziehen, sobald seine Interessen oder diejenigen seines Ehegatten oder seines Verwandten in gerader Linie oder eines von ihm vertretenen Dritten zu denen des Kindes in erheblichem Gegensatze stehen (§ 1634, verb. m. 1796). Ein solcher liegt z. B. vor, wenn wegen einer Schuld des Vaters

[1]) Bei den einseitigen Rechtsgeschäften ist beim Vorliegen jedes Irrthums der Widerruf ausgeschlossen, weil bei ihnen die Heilbarkeit des Mangels Einverständniß mit ihrer Vornahme durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht, also gerade Bewußtsein davon, daß ihm diese Macht fehlt, vorausgesetzt.

Gegenstände gepfändet werden, die zum Kindesvermögen gehören, da der Vater durch den Zwangsverkauf auf Kosten des Kindes von seiner Schuld ganz oder theilweise befreit werden würde[1]). Ist insbesondere der Dritte ein anderes ebenfalls in seiner Gewalt stehendes Kind, so darf er keines von beiden vertreten (wie sich schon aus Nr. 2 ergiebt), sondern das Gericht hat jedem Kinde einen besonderen Pfleger zu bestellen. Handelt es sich dagegen um einen Interessenstreit zwischen einem Kinde und einem Mündel des Vaters, so fällt die Befugniß zur Vertretung des Mündels nach § 1795 hinweg oder wird nach § 1796 entzogen, sodaß er nunmehr unbedenklich für sein Kind handeln darf[2]).

IV. Der Vater hat nach BGB. bei Ausübung der elterlichen Gewalt dem Kinde nicht mehr, wie nach gemeinem Rechte für omnis culpa einzustehen, sondern nur für diejenige Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (§ 1664).

Die Aufwendungen, welche die Ausübung der elterlichen Gewalt mitsichbringt, braucht ihr Inhaber nicht aus eigenen Mitteln zu bestreiten (§ 1648). Sie fallen grundsätzlich dem Kindesvermögen zur Last, soweit solches vorhanden ist. Vorausgesetzt wird aber für den Ersatzanspruch des Vaters, daß er die Aufwendung den Umständen nach für erforderlich halten durfte, wobei möglicherweise auf die Vermögensverhältnisse des Kindes Rücksicht zu nehmen ist. Außerdem ist zu beachten, daß das Kind, auch wenn es eigenes Vermögen besitzt, in gewissem Umfange seinen Eltern gegenüber unterhaltsberechtigt ist (vgl. oben § 8 I 1). Für die hierher gehörenden Aufwendungen kann keine Erstattung beansprucht werden. Hat der Vater, wie gewöhnlich, die Nutznießung am Vermögen des Kindes, so fallen ihm eine Reihe von Lasten zu, die weitere Ausnahmen von der grundsätzlichen Ersatzpflicht darstellen (vgl. unten § 12 II).

V. Der Vater hat die Pflicht, das Kind zu beaufsichtigen (§ 1631 Abs. 2). Daraus ergiebt sich, daß er wie jeder andere zur Aufsichtsführung Verpflichtete den Schaden zu ersetzen hat, den das Kind einem Dritten widerrechtlich zufügt, sofern er nicht seiner Aufsichtspflicht genügt hat oder der Schaden auch bei gehöriger Aufsichtsführung entstanden sein würde (BGB. § 832). Da es sich

[1]) Reichsgericht 38 S. 301.

[2]) Ueber Meinungsverschiedenheiten des Pflegers und des Vaters vgl. unten § 13 A V.

dabei nicht um eine Verbindlichkeit gegen den Gewaltuntergebenen handelt, so muß der Vater nach allgemeinen Grundsätzen (BGB. § 276) bei der Beaufsichtigung für die im Verkehr erforderliche Sorgfalt einstehen. Eine hierüber hinausgehende Haftpflicht für unerlaubte Handlungen der Hauskinder besteht dagegen nicht mehr. Daneben hat das Kind selber Schadensersatz zu leisten, falls es das 7. Lebensjahr vollendet und die zur Erkenntniß der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht besitzt (BGB. § 828). Da hiernach sowohl der Gewalthaber wie das Kind für einen aus einer unerlaubten Handlung entstehenden Schaden neben einander verantwortlich sind, so haften sie dem Verletzten als Gesammtschuldner (BGB. § 840). In ihrem Verhältnisse zu einander ruht die Ersatzpflicht auf dem Kindesvermögen. Hat ein Kind unter 7 Jahren oder später ohne die erforderliche Einsicht die schädigende Handlung begangen, so haftet der Vater allein.

Da die Mutter nach § 1634 nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht hat, für die Person des Kindes zu sorgen, so nimmt sie auch an dieser Aufsichtspflicht und der Haftung für den Schaden Theil. Ja, sie kann allein ersatzpflichtig sein, wenn der Vater nach den Umständen des besonderen Falles entschuldigt ist, während dieselben bei ihr nicht vorliegen.

VI. Das BGB. hat, wie schon angedeutet ist und im Verlaufe der Darstellung noch weiter anzugeben sein wird (vgl. namentlich unten § 13), der Vormundschaftsbehörde einen nicht unerheblichen Einfluß auf die Ausübung der elterlichen Gewalt eingeräumt. Hervorzuheben ist schon hier, daß überall da, wo der Vater, sei es dauernd, sei es vorübergehend, verhindert ist, die elterliche Gewalt auszuüben, die Vormundschaftsbehörde die Pflicht hat, die im Interesse des Kindes erforderlichen Maßregeln zu treffen (§ 1665), namentlich also unter Umständen eine Pflegschaft auf Grund des § 1909 anzuordnen. Beispiele hierfür bieten die oben unter III 1—3 aufgeführten Angelegenheiten.

Vormundschaftsgericht ist nach Freiw. Gerichtsb. §§ 43, 36 dasjenige Amtsgericht, in dessen Bezirk das Kind derzeit seinen Wohnsitz hat[1]). Zu seiner Unterstützung dient der Gemeindewaisenrath (über dessen Organisation die Reichsgesetzgebung keine Bestimmungen ent-

[1]) Ueber Ausnahmen vgl. Freiw. Gerichtsb. §§ 43, 44 und über landesrechtliche Abweichungen ebd. §§ 194, 195.

hält). Er hat dem Vormundschaftsgerichte Anzeige zu machen, wenn ein Fall zu seiner Kenntniß gelangt, in welchem das Gericht zum Einschreiten berufen ist, z. B. in den Fällen der §§ 1665—69, 1676, 1677, 1679, 1680, und, wenn nach der Sachlage die Bestellung eines Vormundes oder Pflegers nothwendig ist, zugleich die Person vorzuschlagen, die sich hierzu eignet (§ 1675, Freiw. Gerichtsb. § 49).

Der Vormundschaftsrichter haftet dem Kinde für den durch eine vorsätzliche Pflichtverletzung herbeigeführten Schaden ohne Weiteres, bei Fahrlässigkeit dagegen nur dann, wenn es auf keine andere Weise Ersatz zu erlangen vermag. In beiden Fällen tritt die Ersatzpflicht nicht ein, wenn der Vertreter des Kindes vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden (§ 1674). Diese Ausnahme kann nur da Platz greifen, wo der Richter pflichtwidrig eine unrichtige Maßregel getroffen hat, z. B. indem er die von dem Vater auf Grund des § 1643 beantragte Genehmigung eines Rechtsgeschäftes zum Schaden des Kindes ablehnt. Viel häufiger und wichtiger sind aber die Fälle, wo der Richter gegen Pflichtwidrigkeiten des Vaters oder aus sonstigem Anlasse gegen ihn einzuschreiten hat, z. B. durch Einforderung eines Vermögensverzeichnisses nach § 1640. Unterläßt er dies, so ist ein Rechtsmittel undenkbar, also tritt auch unbedingte Haftung des Richters ein. Daran wird auch dadurch nichts geändert, daß Verwandte und Verschwägerte des Kindes eine entsprechende Verfügung beantragen und gegen den ablehnenden Bescheid nach Freiw. Gerichtsb. § 57 Nr. 8, 9 Beschwerde erheben können. Denn sie sind nicht die Verletzten; der in § 1674 in Bezug genommene § 839 Abs. 3 spricht aber nur von dem Rechtsmittel des Verletzten.

§ 10.

2. Die Sorge für die Person des Kindes.

Wie bereits im vorigen Paragraphen (unter II) berührt ist, nimmt die Mutter an der Sorge für die Person des Kindes, anders als bei der Sorge für das Vermögen, neben dem Vater Theil (§ 1634)[1]), während allerdings dem Vater aus naheliegenden

[1]) Dadurch nähert sich das BGB., obwohl es in Uebereinstimmung mit dem römischen Rechte, dem preuß. LR. und dem Code civil an der Auffassung

Gründen kein entsprechendes Recht zusteht, wenn die elterliche Gewalt auf die Mutter übergegangen ist. Bei Meinungsverschiedenheiten zwischen den Eltern geht jedoch die Entscheidung des Vaters vor, entsprechend seinem allgemeinen Uebergewichte in ehelichen Angelegenheiten. Solange er keinen Widerspruch erhebt, sind die von der Mutter getroffenen Anordnungen rechtlich gültig, z. B. die Unterbringung des Kindes in einer Erziehungs- oder selbst Besserungsanstalt; sie darf auf Grund des § 1632 auf Herausgabe des Kindes klagen und in jeder anderen Beziehung für sein Wohl thätig werden. Selbst gegen den Vater können ihre Befugnisse sich richten, insofern sie bei Mißbrauch seiner Gewalt die Hülfe des Vormundschaftsgerichtes anrufen darf, insbesondere in den Fällen der §§ 1666, 1667, 1680. Und bei der Adoption des Kindes bedarf es, wie wir gesehen haben, nach § 1747 der Einwilligung der Eltern, also auch der Mutter, so daß ihr Widerspruch nicht durch Zustimmung des Vaters beseitigt werden kann (vgl. oben § 5 I 2 c), und ebenso des Vaters trotz Entziehung der elterlichen Gewalt. Nach der Auffassung des Gesetzes ist das Einwilligungsrecht der Eltern kein Ausfluß ihrer Sorge für die Person des Kindes, sie haben nicht die Befugniß, dieses in Adoption zu geben, sondern sie dürfen nur die Zerreißung des natürlichen zwischen ihm und ihnen bestehenden Bandes verhindern. Vor Allem hat die Mutter einen Anspruch auf Mitwirkung bei der Erziehung des Kindes [1]), ja sie gewinnt unter Umständen das ausschließliche Anrecht auf sie. Die Vertretung des Kindes steht ihr dagegen nicht zu [2]).

Als besondere Richtungen der Sorge für die Person des Kindes hebt das Gesetz hervor:

I. das Recht und die Pflicht, das Kind zu erziehen (§ 1631).

1. Dieses Recht tritt naturgemäß in den früheren Lebensjahren besonders hervor und verliert gegen das Ende der Dauer der elter-

---

des Erziehungsrechtes als eines Theiles der elterlichen Gewalt festhält, dennoch der neueren gemeinrechtlichen Praxis und dem sächs. GB., die es als gemeinschaftliches Elternrecht auffassen.

[1]) Theilnahme an der eigentlichen Erziehung und daher ein Züchtigungsrecht kommt in gewissem Umfange auch der Stiefmutter zu. Aber sie ist nur Beaufragte ihres Ehemannes, während die leibliche Mutter aus eigenem Rechte handelt. Auch geht der Antheil jener an der sonstigen Sorge für die Person nur soweit wie das aller Verschwägerten, vgl. namentlich Freiw. Gerichtsb. § 57.

[2]) Ueber § 1685 vgl. unten § 15.

lichen Gewalt an Bedeutung, wenn es auch bis zu deren Beendigung, bis zum vollendeten 21. Lebensjahre, dauert. Das Kind, selbst das schon erwachsene, hat sich den Anordnungen des Gewalthabers über seine persönlichen Angelegenheiten zu fügen und muß sich Zurechtweisungen seitens seines Gewalthabers wegen ungehörigen Benehmens gefallen lassen, mögen sie gleich in scharfer Form erfolgen (was z. B. bei einem Strafverfahren wegen Beleidigung von Bedeutung wird). Anders ist die Vornahme einer körperlichen Züchtigung zu beurtheilen. Auch diese ist dem unerwachsenen Kinde gegenüber erlaubt und enthält also im Allgemeinen keine strafbare Körperverletzung. Aber § 1631 Abs. 2 giebt nur die Befugniß zur Anwendung angemessener Zuchtmittel, und in den späteren Lebensjahren können Schläge als solche nicht mehr oder nur in sehr engen Grenzen (z. B. eine Ohrfeige für besonders schwere Fälle) angesehen werden. Auch für die Züchtigung jüngerer Kinder wird durch die Ausdrucksweise des Gesetzes eine Grenze gezogen. Das angewendete Mittel muß mit dem Erziehungszweck in Einklang stehen; Schläge mit einem dicken Knittel, der die zarten Glieder des Kindes zu beschädigen geeignet ist, Einsperrung in einem dunklen und feuchten Keller, Festbinden an einen Schrank oder Ofen und ähnliche Handlungen sind mit dem Erziehungszweck unverträglich. Dagegen ist nicht in jedem einzelnen Falle zu prüfen, ob Vergehen und Strafe in richtigem Verhältnisse zu einander stehen, und es darf nicht bei jeder Ueberschreitung des zutreffenden Maßes der Züchtigung eine strafbare Mißhandlung angenommen werden. Denn das Gesetz spricht nicht von angemessener Zucht, sondern von angemessenen Zuchtmitteln. Doch bleibt die Grenze einigermaßen fließend, weil auch ein an sich zulässiges Mittel durch offenbares und erhebliches Uebermaß in der Anwendung unangemessen werden kann. Eine Einsperrung auf einige Stunden ist unbedenklich, auf Wochen und Monate ausgedehnt, wird sie rechtswidrig. Glauben die Eltern mit den ihnen zur Verfügung stehenden Zuchtmitteln nicht auskommen zu können, so gestattet ihnen das BGB. (§ 1631 Abs. 2) bei dem Vormundschaftsgerichte zu beantragen, daß dieses sie in geeigneter Weise unterstützt. Die Behörde ist thatsächlich wohl auf die Ertheilung eines Verweises, Anwendung einer körperlichen Züchtigung durch einen Unterbeamten (z. B. einem halberwachsenen Jungen gegenüber, zu dessen Ueberwältigung die Kräfte der Mutter nicht mehr ausreichen) und die Beihülfe zur Ueber-

führung in eine Erziehungs- oder Beſſerungsanſtalt beſchränkt. Ob auch eine Einſperrung ins Gefängniß verfügt werden kann, dürfte zweifelhaft ſein[1]).

Das Erziehungsrecht ſchließt die Befugniß in ſich, den zukünftigen Beruf des Kindes zu beſtimmen und ſeinen Bildungsgang dementſprechend zu ordnen. Wünſche und Neigungen des Sohnes oder der Tochter können hiergegen um ſo weniger in Betracht kommen, als ſie einerſeits noch nicht die für eine ſo wichtige Entſchließung erforderliche Einſicht und Lebenserfahrung beſitzen, und andererſeits regelmäßig der Vater die Koſten ihrer Vorbildung für den Beruf zu tragen hat, ihm aber nicht zugemuthet werden darf, Ausgaben zu machen, die ſeiner Anſicht nach zweckwidrig und nutzlos ſind, oder auch nur hierbei das Maß Deſſen zu überſchreiten, was er aufzuwenden für angemeſſen hält. Allerdings laſſen ſich die Eltern auch ihrerſeits manchmal von unberechtigten Neigungen und Anſchauungen leiten, ohne ſich die ſchwere Verantwortung, die auf ihnen laſtet, zu vergegenwärtigen, von ſonſtigen unvermeidlichen Fehlgriffen ganz abgeſehen. Aber die Vormundſchaftsbehörde, deren Anrufung ja allein als Auskunftsmittel übrigbleiben würde, beſitzt nicht die Kenntniß des Charakters und der Anlagen des Kindes, welche die nothwendige Vorausſetzung eines zutreffenden Urtheils ſind. Nur dann darf ſie eingreifen, wenn ſich die Beſtimmung des Vaters geradezu als ein Mißbrauch ſeiner Gewalt (vgl. § 1666) darſtellen würde, z. B. wenn ein wohlhabender Vater aus Geiz ſeinen Sohn Tagelöhner werden laſſen wollte. Die Eltern unterliegen übrigens auch ſonſt bei Ausübung ihrer Erziehungsbefugniß verſchiedenen, im öffent-

[1]) Die ganze Beſtimmung dürfte nur höchſt ſelten praktiſch werden und erklärt ſich wohl nur daraus, daß ſie einmal aus dem bisherigen Rechtszuſtande überkommen iſt. Im römiſchen Rechte der Kaiſerzeit konnten die Eltern ſich bei ſchweren Pietätsverletzungen ſeitens der Kinder an das Gericht wenden, das dann mit ihrer Zuſtimmung eine öffentliche Strafe verhängte (fr. 9 § 3 D. 1, 16; c. 3, 4 Cod. 8, 47), während urſprünglich der Hausvater ſelbſt die ausgedehnteſte Strafgewalt hatte. Auch im ſpäteren Mittelalter durften ſie das ungerathene Kind einſperren laſſen, vgl. Stobbe IV § 252 Anm. 14. Daran haben auch die neueren Geſetzgebungen mit gewiſſen Beſchränkungen feſtgehalten, z. B. preuß. LR. II, 2 §§ 87—89, ſächſ. GB. § 1805. Bei den Römern überwiegt übrigens mehr der Geſichtspunkt einer Strafe für die Verletzung der geſchuldeten Ehrfurcht, in neuerer Zeit derjenige eines Beſſerungsmittels.

lichen Interesse eingeführten Beschränkungen. Ueber die religiöse Erziehung von Kindern aus gemischten Ehen enthalten viele Landesgesetze bindende Vorschriften[1]), und diese sind durch Art. 134 des EG. z. BGB. aufrecht erhalten. Ferner gehört hierher der überall bestehende Schulzwang, sowie die Vorschriften des StGB.[2]) über die gegen Strafunmündige zulässigen Maßregeln nach Begehung einer mit Strafe bedrohten Handlung. Bei einer Zwangserziehung aus anderen Gründen überwiegt mehr der Gesichtspunkt der Sorge für das Wohl des Kindes. Sie ist reichsgesetzlich nicht abschließend geregelt, sondern im Wesentlichen der Landesgesetzgebung überlassen, nur mit der Einschränkung, daß sie, abgesehen vom BGB. §§ 1666, 1838, nicht anders angeordnet werden darf, als wenn sie zur Verhütung des völligen sittlichen Verderbens nothwendig ist (EG. z. BGB. Art. 135).

Die Sorge für die Person des Kindes kann den Vater dazu führen, Lehrverträge (und Dienstverträge) für jenes abzuschließen. Dabei liegt es am Nächsten, daß er den Vertrag im Namen des Kindes abschließt. Alsdann haftet er nicht mit seinem eigenen Vermögen für dessen Erfüllung, sondern es kann zur Befriedigung etwa erwachsender Ansprüche des Gegners nur das Kindesvermögen herangezogen werden. Häufig wird aber in solchen Verhältnissen der Lehrherr sich hiermit nicht zufrieden geben, vielmehr verlangen, daß der Vater die Haftung mit seinem eigenen Vermögen übernimmt. Die Eingehung einer Bürgschaft wird dabei von den Parteien seltener gewählt werden, als der Abschluß des Vertrages durch den Vater in eigenem Namen. Bei dieser letzteren Gestaltung liegt dann ihm die Verpflichtung ob, das Kind kraft seiner Erziehungsgewalt zur Erfüllung des Vertrages anzuhalten. Aber er kann nicht zu dieser Ausübung seiner Befugnisse gezwungen werden. Dem Lehrherrn steht nur ein Anspruch auf Entschädigung zu, falls der Vater von seinen Befugnissen keinen Gebrauch macht. Welche der verschiedenen Möglichkeiten im Zweifel vorliegt, ist zunächst Aufgabe der Auslegung. Für kaufmännische Lehrverträge wird jedoch angenommen, daß der Vater in eigenem Namen contrahirt, wenn er nicht ausdrücklich das

[1]) Schmid, Die Confession der Kinder nach den Landesgesetzen in Deutschland.

[2]) StGB. §§ 55, 56, vgl. EG. z. BGB. Art. 34 II.

Gegentheil erklärt[1]). Und dieselbe Auffassung wird auch wohl in anderen Verhältnissen meistens zutreffend sein.

2. Das Recht des Vaters zur Leitung der Erziehung erlitt schon in der römischen Kaiserzeit Einschränkungen zu Gunsten des Kindes und der Mutter, die in den Quellen selbst auf verschiedene Gründe zurückgeführt werden, und bei denen es in der gemeinrechtlichen Wissenschaft streitig blieb, welcher von ihnen als der ausschlaggebende anzusehen sei[2]). Ob das Kind bei dem Vater oder der Mutter zu verbleiben hat, kann natürlich erst zweifelhaft werden, wenn ihre Ehe geschieden ist, oder sie sich thatsächlich getrennt haben. Das BGB. (§ 1635) giebt nur für den Fall der völligen Auflösung der Ehe[3]) Vorschriften und stellt sich hier in erster Linie auf den Standpunkt des Verschuldungsprincips[4]). Die Scheidung wegen Geisteskrankheit wird nicht berücksichtigt; dies war aber auch nicht nöthig, da ja der Wahnsinnige nach der Natur der Sache kein

---

[1]) Horrwitz, Das Recht der Handlungsgehülfen und Handlungslehrlinge. S. 130. 136.

[2]) Seit Antoninus Pius (fr. 1 § 3, fr. 3 § 5 D. 43, 30) wurde nach Trennung der Ehe ausnahmsweise (ex iustissima causa), namentlich „ob nequitiam patris", der Mutter die Erziehung überlassen. Noch weiter gingen Diocletian und Maximian (c. un. Cod. 5, 24), indem sie für den Fall der Scheidung ganz allgemein dem Richter die Entscheidung überließen, bei wem die Kinder bleiben sollten. Justinian endlich erklärte in Nov. 117 c. 7 die Verschuldung des Vaters oder der Mutter für maßgebend, durchbrach aber wieder diese Regel in sehr unklarer Weise durch Rücksichtnahme auf die Vermögensverhältnisse der Eltern. In der gemeinrechtlichen Wissenschaft und Rechtsprechung herrschte Streit darüber, ob nunmehr die Novelle die ausnahmslose Regel bilde (Verschuldungsprincip), so daß im Zweifel das Erziehungsrecht dem Vater verbleibe, oder ob daneben die c. un. Platz greife, auf Grund deren in Ermangelung eines anderen Maßstabes die bessere Befähigung des Vaters oder der Mutter und die Rücksicht auf das Wohl der Kinder entscheide. Die Rechtsprechung betrachtete meistens den letzteren Gesichtspunkt als ausschlaggebend, vgl. Seuffert 8 Nr. 269, 20 Nr. 42, 23 S. 68, 24 Nr. 248, 26 Nr. 246, 30 Nr. 39, 31 Nr. 244, 33 Nr. 42, 313, 314; Reichsgericht 17 S. 129, 18 S. 186. Vgl. auch Sarwey im Archiv f. d. civil. Praxis 31 S. 440 ff., 32 S. 1 ff.

[3]) Der Scheidung steht Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nach BGB. § 1575 gleich.

[4]) Für die Dauer des Rechtsstreites sind einstweilige Verfügungen über die Sorge für die Person der gemeinschaftlichen ehelichen Kinder zulässig, soweit es sich nicht um die gesetzliche Vertretung handelt, ebenso über die Verpflichtung zum Unterhalte der Kinder (im Verhältnisse der Gatten zu einander). CPrO. § 627.

Erziehungsrecht haben kann. Ist die Mutter in Geisteskrankheit verfallen, so verbleibt es eben bei der Befugniß des Vaters, und es kann nur von dem ihr nach § 1634 zustehenden Mitwirkungsrechte keine Rede sein. Ist der Vater von der Krankheit betroffen, so ist er geschäftsunfähig (BGB. § 104), seine elterliche Gewalt ruht (§ 1676) und wird von der Mutter ausgeübt (§ 1685). Wird die Ehe dagegen wegen Ehebruchs, Lebensnachstellung, böslicher Verlassung oder schwerer Verletzung der ehelichen Pflichten geschieden und ein Ehegatte allein für schuldig erklärt, so fällt die Sorge für die Person der Kinder dem anderen Ehegatten zu. Der Grundsatz, daß die Verschuldung maßgebend sei, reicht aber nicht aus, wenn beide für schuldig erklärt sind. Hier entscheidet das Gesetz mit Rücksicht auf das Wohl der Kinder und läßt ihr Alter und ihr Geschlecht über die Zuweisung an den Vater oder die Mutter entscheiden. Die Sorge für die Töchter wird der Mutter zugetheilt, desgleichen für Söhne unter 6 Jahren[1]), für ältere Söhne dagegen dem Vater[2]). Das Vormundschaftsgericht kann aber stets eine von der angegebenen Regel abweichende Anordnung treffen, wenn dies aus besonderen Gründen im Interesse der Kinder geboten ist, und die Anordnung wieder aufheben, wenn sie nicht mehr erforderlich ist. Immerhin ist festzuhalten, daß zunächst jene Vorschriften zur Anwendung kommen müssen, und die Behörde nicht befugt ist, nach ihrem Ermessen das Wohl der Kinder zu berücksichtigen, wozu die neuere Rechtsprechung eine starke Neigung zeigte. Die „besonderen Gründe", aus denen die abweichende Anordnung sich rechtfertigen soll, sind daher genau anzugeben und müssen in bestimmten Thatsachen, eigenthümlichen

[1]) Schon Seuffert 8 Nr. 269 bezeugt, daß nach neuerem Gerichtsgebrauche die Kinder bis zum vollendeten 6. Lebensjahre, wo die Schulpflicht und damit die geistige Ausbildung beginne, bei der Mutter verbleiben.

[2]) Welchen Einfluß übt es, wenn der Vater nach der Scheidung seine deutsche Staatsangehörigkeit aufgiebt und diejenige eines anderen Landes erwirbt, dessen Gesetzgebung ihn günstiger stellt als das BGB.? Seuffert 33 Nr. 97 und 38 Nr. 1 nehmen an, daß es sich um die rechtlichen Folgen der Ehescheidung handle und demgemäß das Recht des Wohnsitzes des Mannes zur Zeit der Scheidung maßgebend bleibe. Meines Erachtens ist die Frage in Zukunft nach Art. 19 des EG. z. BGB. zu entscheiden und von dem Wechsel der Staatsangehörigkeit an das fremde Recht zu Grunde zu legen (falls nicht das Kind Deutscher geblieben ist). Doch muß die Zweifelhaftigkeit dieser Ansicht zugegeben werden.

Umständen und Verhältnissen des vorliegenden Falles bestehen[1][2]). Für die Wiederaufhebung brauchen dagegen nicht dieselben strengen Voraussetzungen vorzuliegen. Die gleichen Grundsätze gelten, wenn eine Ehe dadurch aufgelöst wird, daß, nachdem der eine Ehegatte für todt erklärt worden ist, der andere eine neue Ehe eingeht (§ 1637). Dabei muß natürlich weiter vorausgesetzt werden, daß der verschollene Ehegatte zurückkehrt. Durch die gesetzlichen Vorschriften wird übrigens Derjenige, dem das Erziehungsrecht genommen wird, keineswegs für immer von ihm ausgeschlossen, vielmehr entscheiden nach dem Tode des anderen Ehegatten die gewöhnlichen Grundsätze, d. h. es fällt die Erziehung wieder dem Ueberlebenden zu, falls er nicht etwa aus anderen Gründen die ganze elterliche Gewalt oder wenigstens die Sorge für die Person verloren hat[3]).

---

[1]) Fränkel S. 134 nimmt an, daß das Vormundschaftsgericht, wenn die Gründe der Scheidung die Besorgniß schlechter Erziehung bei beiden Ehegatten rechtfertigen, den Kindern nach § 1909 einen Pfleger bestellen könne. Diese Ansicht steht im Zusammenhange mit seiner weiteren Auffassung, daß der Richter nach erfolgter Scheidung stets über die Erziehung zu befinden habe, und daß die Vorschriften des § 1635 bloße Directiven seien. Das Gesetz gebraucht aber den Ausdruck „...so steht die Sorge für die Person... zu", bestimmt also selbst unmittelbar über die Erziehung und gewährt ein festes Recht auf sie. Wenn dem Gerichte die Befugniß gegeben wird, abweichende Anordnungen zu treffen, so darf darunter nur eine andere Vertheilung des Erziehungsrechtes unter den Eltern verstanden werden, weil sich § 1635 überhaupt nur mit der Frage beschäftigt, wem von den Ehegatten dieses Recht bei der Scheidung zufällt. Seine Uebertragung auf einen Pfleger enthält für den an sich Berechtigten eine Entziehung der Sorge für die Person, die nur unter den Voraussetzungen des § 1666 zulässig ist, während für eine Anordnung nach § 1635 schon jede Unfähigkeit, Ungeeignetheit des Vaters oder der Mutter genügt. Zuzugeben ist nur, daß als Vater im Sinne des § 1666 der Erziehungsberechtigte (ohne Rücksicht auf den Besitz der elterlichen Gewalt) zu gelten hat, nach der Scheidung also vielleicht beide Eltern.

[2]) Obervormundschaftliche Verfügungen über die Erziehung der Kinder können nach Reichsgericht 32 S. 169 nicht im Wege der Klage angefochten werden, wenn nicht der Vormundschaftsrichter seine Zuständigkeit überschritten hat (vgl. auch Reichsgericht 39 S. 157). Dies muß heute um so mehr gelten, als der Gesetzgeber absichtlich die Entscheidung über die Erziehungsfrage dem Vormundschaftsgerichte und nicht dem Proceßrichter überwiesen hat. Vgl. Haidlen III S. 459—60.

[3]) Diese Vorschriften gelten auch für Adoptivkinder, falls sie von einem Ehepaar gemeinschaftlich angenommen oder Kinder des einen Ehegatten und von dem anderen angenommen sind, vgl. BGB. § 1757 und oben § 5 unter IV.

Hervorzuheben ist, daß sich die vom Gesetz aufgestellten Grundsätze nicht nur auf das Erziehungsrecht beziehen, sondern auf die ganze Sorge für die Person. Jedoch verbleibt das Recht zur Vertretung des Kindes stets dem Vater (§ 1635 Abs. 2).

Eine bloß thatsächliche Trennung der Ehegatten ist vom Gesetz nicht berücksichtigt. Daraus ist in Verbindung mit dem vorhin Erörterten zu schließen, daß dieselben Vorschriften maßgebend bleiben, die während des ehelichen Zusammenlebens gelten, weil sie eben feste gesetzliche Bestimmungen sind, von denen man nicht willkürlich abweichen darf[1]).

3. Bei Trennung der Ehegatten werden häufig von ihnen Vereinbarungen darüber getroffen, bei wem die Kinder verbleiben sollen. Gegen ihre Gültigkeit ist in der Rechtsprechung mehrfach geltend gemacht, daß das Erziehungsrecht nicht eine bloße Befugniß, sondern zugleich und zwar überwiegend eine Verpflichtung der Eltern ist. Diese Erwägung ist aber nicht ausschlaggebend, da es sich um eine Pflicht sowohl des Vaters als der Mutter handelt, die zwar gewöhnlich gemeinschaftlich erfüllt wird, nach einer Trennung jedoch nicht mehr so erfüllt werden kann. Wenn aber nach den Umständen nur einer ihr zu genügen vermag, so ist nicht einzusehen, warum sie nicht sich darüber sollten verständigen dürfen, wer von ihnen dies sein soll. Daß während der ehelichen Gemeinschaft bei Meinungsverschiedenheiten der Wille des Vaters entscheidet, kann hiergegen nicht angeführt werden. Diese Bestimmung beruht nicht auf einer größeren Stärke seines Rechtes, sondern auf dem Bedürfniß, irgend eine ausschlaggebende Instanz zu schaffen. Er ist freilich zugleich Inhaber der elterlichen Gewalt, und das Erziehungsrecht ist nach dem BGB. ein Ausfluß dieser. Aber wenn sein Uebergewicht hierauf begründet wäre, so hätte es der ausdrücklichen Vorschrift im letzten Satze des § 1634 nicht bedurft. Und dieser Paragraph giebt der Mutter nicht nur das Recht, für die Person des Kindes zu sorgen, sondern legt ihr auch die Pflicht dazu auf. Daß ihre Verpflichtung schwächer sei als die des Vaters, läßt sich gewiß nicht behaupten. Handelt es sich aber um eine gleichmäßige Obliegenheit Beider, so ist bei einer Trennung der Ehegatten eine Vereinbarung über die Erziehung der Kinder das beste Mittel zu einer angemessenen

[1]) Seuffert 31 Nr. 244.

Ordnung. Für das gemeine Recht hat auch schon das Reichsgericht[1]) derartige Verträge als bindend anerkannt, es hat aber dabei mit Recht die Einschränkung gemacht, daß der Erzieher auch seiner Pflicht genügen müsse und nicht ein überwiegendes Interesse der Kinder von der Vereinbarung abzugehen gebiete. Denn die Uebereinkunft hat ja wesentlich die Bedeutung, daß festgestellt wird, wem die Möglichkeit gegeben sein soll, seine Pflicht gegen die Kinder zu erfüllen. Wenn er dies unterläßt, so fällt die Voraussetzung, auf welcher der Vertrag beruht, hinweg und damit dieser selbst. Und bei entgegenstehendem Interesse der Kinder gebietet die wohlverstandene Pflicht Dessen, dem die Erziehung zugefallen ist, sein Recht aufzugeben. Zweifelhaft erscheint freilich, ob auch nur innerhalb dieser Grenzen nach BGB. solche Vereinbarungen anzuerkennen sind. Denn das Gesetz erwähnt die Möglichkeit einer von seinen Grundsätzen abweichenden Uebereinkunft gar nicht, und die Motive[2]) ergeben, daß die Verfasser des Entw. I sie auch nicht zulassen wollten. In den späteren gesetzgeberischen Stadien scheint die Sache nicht weiter erörtert zu sein. Gerade wegen dieses Umstandes ist die Annahme bedenklich, daß das Schweigen des Gesetzgebers als concludent angesehen werden müsse, und wir dürfen somit wohl Verträge der Eltern über die Erziehung der Kinder als verbindlich gelten lassen.

Daraus folgt jedoch nicht, daß ähnliche, mit Dritten abgeschlossene Vereinbarungen ebenfalls rechtsbeständig sind, weil zu ihren Gunsten nicht dieselben Gründe sprechen, die sich für das vertragsmäßige Recht der Mutter anführen lassen. Die herrschende Meinung[3]) bestreitet denn auch ihre Verbindlichkeit, indem sie sich darauf stützt, daß es sich bei der Erziehung um eine Pflicht der Eltern handle, der sie sich nicht rechtswirksam entziehen könnten. Daß dieser Grund nicht ausnahmslos zutrifft, beweist die Möglichkeit der Annahme von Kindern, deren Erzeuger noch leben, an Kindesstatt. Würde jener Gedanke folgerichtig durchgeführt, so hätte man die Adoption nur bei Waisen zulassen dürfen. Man wende nicht ein, daß bei ihr nicht nur die Erziehung übernommen, sondern volles

[1]) Reichsgericht 21, 160; 37, 189. Anders noch 17, 129.

[2]) Haidlen III S. 460.

[3]) Vgl. Reichsgericht 10, 114. Abweichend Dernburg III § 36 Anm. 9.

Kindesrecht gewährt wird. Darin liegt allerdings ein gewisser Schutz für die Kinder, aber es wird doch die Gefahr einer Vernachlässigung des Angenommenen nicht vollständig beseitigt, und auch bei dem besten Willen kann durch unverständige Ausübung des Erziehungsrechtes viel Unheil angerichtet werden. Andererseits ist es Demjenigen, der ein fremdes Kind bei sich aufnimmt, nicht immer möglich, es zu adoptiren, z. B. weil er eigene eheliche Abkömmlinge besitzt. Und doch kann er triftige Gründe haben, eine spätere Durchkreuzung seiner Erziehungspläne durch Einmischung der Eltern zu fürchten und deshalb von vornherein verhindern zu wollen. Bedingt er sich nun auch ein Aufgeben ihrer Rechte aus, so nützt ihm dies nichts, wenn ein derartiges Uebereinkommen ungültig ist. Es dürfte aber gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstoßen, wenn man den Eltern gestattet, willkürlich von dem Vertrage abzugehen. Dem Interesse des Kindes entspricht es am Besten, wenn man die Verbindlichkeit der Uebereinkunft anerkennt, aber den Eltern die Befugniß zugesteht, sie anzufechten, falls sich herausstellt, daß sie dem Wohle des Kindes widerstreitet. Um auch die berechtigten Ansprüche der Eltern zu wahren, wäre ihnen das Anfechtungsrecht ferner dann zuzugestehen, wenn sie durch eine Nothlage zur Eingehung des Vertrages gezwungen waren, jetzt aber durch Verbesserung ihrer Vermögensverhältnisse in den Stand gesetzt sind, selber wieder für ihre Kinder zu sorgen. Jedenfalls sollte man die Möglichkeit von Erpressungsversuchen unter der Drohung, dem Erzieher die ihm lieb gewordenen Pfleglinge wegzunehmen, abschneiden.

4. Derjenige Ehegatte, der nach den unter 2 angeführten gesetzlichen Bestimmungen von der Sorge für die Person des Kindes ausgeschlossen ist, behält doch immer die Befugniß, persönlich mit ihm zu verkehren (§ 1636). Um aber nachtheilige Wirkungen für das Kind, die sich hieran knüpfen könnten, zu vermeiden, ist angeordnet, daß das Vormundschaftsgericht den Verkehr näher regeln dürfe. Den Verkehr ganz ausschließen darf es nicht, weil davon auszugehen ist, daß durch sachgemäße Maßregeln jeder Gefahr vorgebeugt werden kann, und es daher unbillig wäre, dem berechtigten Wunsche des Vaters oder der Mutter, das Kind sich nicht ganz entfremden zu lassen, unnöthig entgegenzutreten[1]).

[1]) Protokolle bei Haidlen III S. 461.

Ausdrücklich gewährt ist dieser Anspruch nur dem Ehegatten, dem nach § 1635 die Sorge für die Person nicht zusteht. Man muß die Vorschrift aber doch wohl auf andere ähnliche Fälle ausdehnen. Denn sie bildet nicht eine willkürliche positive Satzung, sondern enthält nur die Anerkennung eines nothwendigen Ergebnisses aus dem natürlichen Verhältnisse zwischen Eltern und Kindern. Dem wegen Geisteskrankheit Entmündigten gegenüber würde die Versagung des Verkehrs eine ungerechtfertigte Grausamkeit sein, so lange er im Uebrigen Besuche annehmen darf und nicht nach dem Grade seiner Krankheit die Rücksicht auf das Wohl der Kinder es verbietet. Aber auch wer seine elterliche Gewalt verwirkt hat, darf nicht immer gänzlich von dem Verkehr ausgeschlossen werden. Denn ein Recht, welches man z. B. der wegen Ehebruch geschiedenen Mutter, die sich vielleicht inzwischen einem liederlichen Lebenswandel ergeben hat, zugesteht, kann man unter den nöthigen Vorsichtsmaßregeln auch dem Vater zubilligen, selbst wenn er sich eines Verbrechens gegen das Kind schuldig gemacht hatte. Eine andere Frage ist, ob man dem Kinde, wenn es wegen jener That einen Abscheu gegen den Vater gefaßt hat, zu Zusammenkünften mit ihm zwingen kann; sie ist gewiß zu verneinen.

Das Recht des Ausgeschlossenen auf Verkehr mit dem Kinde ist, wie seine Ausgestaltung zeigt, nicht ein Ueberrest der im Uebrigen verlorenen Sorge für die Person und besteht nicht im Interesse des Kindes, sondern ist jenem um seiner selbst willen als Ausfluß seines natürlichen Elternrechtes gewährt. Daher können auch die Bedenken, die sich allenfalls gegen einen Verzicht auf die Erziehungsgewalt geltend machen lassen, hier gar nicht erhoben werden. Indem das Gesetz die Sorge für die Person des Kindes einem unter den Eltern ausschließlich überträgt, giebt es zu erkennen, daß es ihn für genügend befähigt zur Ausübung dieser Sorge hält. Eine Beaufsichtigung durch den anderen Ehegattten würde nur einen Anlaß zu dauernden Streitigkeiten geben. Dasselbe gilt da, wo die Sorge rechtmäßig auf einen Fremden übergehen kann, namentlich bei der Annahme an Kindesstatt.

5. Als in dem Erziehungsrechte enthalten sieht man die Befugniß des Vaters an, das Kind zu Arbeiten anzuhalten. Je nach den verschiedenen Zwecken, denen sie dient, nimmt sie aber eine verschiedene Gestalt an. Sie kann nämlich entweder bloß mit Rücksicht

auf die Ausbildung des Kindes ausgeübt werden. Aus diesem Grunde darf z. B. die Mutter ihre erwachsenen Töchter zu wirthschaftlicher Thätigkeit anhalten, und es ist dabei ganz gleichgültig, daß vielleicht auf diese Weise die Ausgabe für einen sonst nothwendigen Dienstboten erspart wird. Maß und Art der Arbeit ist in dieser Beziehung nach dem Stande des Kindes und seinem zukünftigen Berufe zu bestimmen. Daß sich aus diesem Gesichtspunkte ein Zwang zu Dienstleistungen bei Fremden rechtfertigt, ist selten, kann aber doch vorkommen. Der Vater könnte z. B. den heranwachsenden Sohn anweisen, sich sein Taschengeld durch Ertheilung von Arbeitsstunden zu verdienen, damit er den Werth der Arbeit und des Geldes schätzen lernt. Oder der Gewalthaber macht von seinem Rechte Gebrauch, damit das Kind sich in größerem oder geringerem Umfange selbst erhält. In welchem Umfange dies überhaupt zulässig ist, haben wir bereits früher erörtert (oben S. 111). Die Entscheidung über das Maß der Arbeit hängt hier zunächst von dem Unterhaltspflichtigen ab. Gewährt er dem Kinde freiwillig Alles, was zur Befriedigung seiner Bedürfnisse erforderlich ist, so darf der Erziehungsberechtigte es aus diesem Gesichtspunkte nicht zur Arbeit anhalten. Stellt sich jener auf den strengen Rechtsstandpunkt, so ist es Recht und Pflicht des Gewalthabers, das Kind zu nöthigen, sich durch Dienstleistungen einen Erwerb zu verschaffen, soweit dies für den Unterhaltszweck erforderlich und gestattet ist. Endlich dürfen die Eltern, wie wir gesehen haben (oben S. 104 ff.), wenn und solange das Kind ihrem Hausstande angehört und von ihnen unterhalten oder erzogen wird, von ihm angemessene Dienstleistungen im Hauswesen und Geschäfte verlangen. Diesen Anspruch im Nothfalle durch Anwendung seiner Zuchtgewalt zu befriedigen, gehört zu den Obliegenheiten des Gewalthabers. Maß und Art Dessen, wozu das Kind gezwungen werden darf, bestimmt sich aber hier nach dem Inhalte und Umfange jenes Anspruches. Hat der Gewalthaber nicht zugleich die Erziehung des Kindes zu leiten, so steht die fragliche Befugniß auch im zweiten und dritten Falle dem Inhaber der Erziehungsgewalt zu. Denn die Sorge für den Unterhalt des Kindes gehört nicht zur Vermögensverwaltung, solange kein Vermögen da ist; auch hängt die Ausübung des Zwangsrechtes so sehr von den persönlichen Verhältnissen des Kindes ab, daß sie mit der Sorge für die Person in einer Hand vereinigt bleiben muß. Eben-

sowenig kommt hier die Befugniß zur Vertretung in Betracht, da der Unterhaltspflichtige keinen Anspruch auf Dienste hat, sondern die Bedürftigkeit und Arbeitsunfähigkeit des Kindes nur eine Voraussetzung seiner Schuld bilden. Höchstens mittelbar erlangt der Vertreter dadurch Einfluß, daß er sich weigern kann, eine Klage auf Gewährung des Unterhaltes zu erheben, solange sie seiner Meinung nach nicht begründet ist. Und die Verpflichtung des Kindes zu Dienstleistungen für die Eltern enthält eine Bethätigung werkthätiger Liebe und ist somit zunächst ein Gebot des Sittengesetzes, dessen Erfüllung gerade in den Kreis der Erziehung fällt.

II. Weiter umfaßt die Sorge für die Person die Befugniß zur Bestimmung des Aufenthaltes des Kindes. Daß sie bei Unerwachsenen eine nothwendige Ergänzung zum Erziehungsrechte bildet, liegt in der Natur der Sache. In den späteren Jahren tritt diese Seite mehr zurück und dafür der Gesichtspunkt hervor, daß der Jüngling oder das junge Mädchen noch nicht befähigt ist, sich ganz selbständig einen passenden Aufenthalt zu wählen, daß vielmehr die elterliche Entscheidung über die Angemessenheit der Umgebung maßgebend sein muß. Im Uebrigen haben wir zwei Fälle zu unterscheiden. Entweder nämlich enthält ein Dritter dem Vater widerrechtlich das Kind vor, sei es mit, sei es ohne des letzteren Willen. Alsdann hat der Inhaber der elterlichen Gewalt gegen ihn eine Klage auf Herausgabe (entsprechend dem römischen interd. de liberis exhibendis). Die Auslieferung des Kindes kann auch nicht mit Berufung darauf verweigert werden, daß es dem Beklagten von dem anderen, nicht erziehungsberechtigten Ehegatten übergeben sei. Eine Benennung desselben an den Kläger nach CPrO. § 76 ist unzulässig, da er nicht als Besitzer einer Sache beklagt ist. Auch kann er nicht bestreiten, daß er der richtige Beklagte sei, weil er thatsächlich in der Lage ist, das Kind herauszugeben[1]). Noch weniger darf ein Zurückbehaltungsrecht wegen Auslagen für den Unterhalt des Kindes beansprucht werden[2]), da weder die Erstattungsforderung auf demselben rechtlichen Verhältnisse wie die Verpflichtung zur Herausgabe des Kindes beruht, überhaupt bei dem Klaganspruche kein Schuld-

[1]) Einen interessanten Fall, bei dem zweifelhaft sein konnte, in wessen Obhut sich das Kind befinde, siehe in Mecklenb. Zeitschr. f. Rechtspflege u. Rechtswiss. 13 S. 24.

[2]) Seuffert I Nr. 82.

verhältniß in Frage steht, noch auch das Kind als Gegenstand im Sinne des BGB. § 273 Abs. 2 angesehen werden kann. Dagegen kann sich der Beklagte damit vertheidigen, daß er die Vaterschaft des Klägers bestreitet; dann löst sich der Rechtsstreit in einen solchen über die eheliche Abstammung des Kindes auf. Oder er kann vorschützen, daß der Gegner nicht Inhaber der elterlichen Gewalt sei. Dem Vater gegenüber käme dies der Behauptung gleich, daß sein Recht erloschen sei. Diesen Untergang müßte nach den allgemeinen Grundsätzen der Beklagte beweisen. Ebenso vertheilt sich aber die Beweislast auch, wenn die Mutter als Klägerin auftritt, obwohl die elterliche Gewalt nur in besonderen Fällen auf sie übergeht. Denn sie nimmt doch neben dem Vater nach § 1634 an der Sorge für die Person des Kindes Theil und ist deshalb auch zur Erhebung der Klage berechtigt. Nur dann muß sie das Vorliegen einer der Voraussetzungen der §§ 1684, 1685 darlegen, wenn sich der Vater mit dem Verbleib des Kindes an dessen derzeitigem Aufenthaltsorte einverstanden erklärt hat, weil ihr sonst Satz 2 des § 1634 entgegensteht. Ob auch für Streitigkeiten zwischen den Eltern der gerichtliche Weg zulässig sei, war im gemeinen Rechte streitig, kann aber heute nach der Fassung des § 1632 nicht zweifelhaft sein. Sind die Eltern geschieden, so ist für den Inhalt des Urtheils § 1635 maßgebend. Umgekehrt erhält aber in diesem Falle der von der Erziehung Ausgeschlossene einen Anspruch auf Gestattung persönlichen Verkehrs nach § 1636, und auch für seine Geltendmachung wird der Rechtsweg nicht versagt sein[1]). Nur ist auch hier für den Proceßrichter die etwa von der Vormundschaftsbehörde getroffene nähere Regelung bindend, während er selbst eine solche nie vornehmen darf.

Der zweite Fall ist der, daß das Kind selbständig gegen den Willen des Gewalthabers einen Aufenthaltsort gewählt hat. Nach römischem Rechte wurde das int. de lib. exhib. hier nicht gegeben, und dasselbe ist nach heutigem Rechte anzunehmen, da das Gesetz eine entsprechende Klage nicht erwähnt. Vielmehr ist der Vater kraft seiner Gewalt befugt, das entlaufene Kind zurückzuholen. Ob er dazu die Hilfe der Polizei in Anspruch nehmen kann, richtet sich nach dem Landesrechte; meistens wird sie ihm gewährt. Hält sich

[1]) Reichsgericht 24 S. 250.

das Kind freiwillig bei einem Dritten auf, dieser hindert aber den Vater an der Wegführung, so muß der Dritte behandelt werden, als ob er das Kind vorenthielte, und kann auf Gestattung der Ausübung des klägerischen Rechts belangt werden[1]).

III. Vater oder Mutter dürfen durch letztwillige Verfügung[2]) für das Kind einen Vormund benennen, wenn ihnen zur Zeit ihres Todes die elterliche Gewalt zusteht und sie auch nicht von dem Rechte zu seiner Vertretung in den seine Person oder sein Vermögen betreffenden Angelegenheiten ausgeschlossen sind[3]) (BGB. § 1777). Die Verfügung des Einen darf freilich nie die aus der elterlichen Stellung des Anderen sich ergebenden Rechte beeinträchtigen. Die Benennung des Vormundes durch den Vater hat also den Nichteintritt der elterlichen Gewalt der Mutter bei seinem Tode zur nothwendigen Voraussetzung, und wenn die Anordnung von der Mutter wegen Ruhens der Gewalt des Vaters getroffen wird, so ist sie nur wirksam, falls der Vater nicht vor seinem Tode seine Befugnisse zurückerlangt oder ihre Verfügung bestehen läßt. Haben Beide von ihrem Rechte Gebrauch gemacht, so geht der vom Vater Benannte vor (BGB. § 1776); das Gericht kann aber, wenn nach seiner Meinung das Interesse des Mündels hierdurch gefährdet würde, ihn übergehen oder dem von der Mutter Gewählten die Vormundschaft übertragen (§ 1778 Abs. 1 a. E.). Sonst muß zwar der Ernannte noch vom Vormundschaftsgerichte bestellt werden (§§ 1774, 1789), hat aber hierauf Anspruch, falls er fähig ist (§ 1778). — Als eine besondere Abart dieses Rechtes ist es anzusehen, daß der Vater beim Uebergange der elterlichen Gewalt auf die Mutter die Bestellung eines Beistandes[4]) anordnen darf (§ 1687), wobei aber die oben angegebenen Bedingungen gleichfalls zu beachten sind.

---

[1]) Anders für das gemeine Recht Seuffert 31 Nr. 246 auf Grund von fr. 5 D. 43, 30, wo aber offenbar vorausgesetzt wird, daß der Dritte sich ganz unthätig verhält. Für den Fall seines Widerstandes war das int. de liberis ducendis gegeben.

[2]) BGB. §§ 2229 ff., 2274 ff. Den alleinigen Inhalt eines Erbvertrages kann nach BGB. § 2278 Abs. 2 eine Vormundschaftsbenennung nicht bilden, wohl aber kann sie nach § 2299 in einen sonst gültigen Erbvertrag nebenbei aufgenommen werden.

[3]) Vgl. hierüber unten § 13.

[4]) Vgl. unten § 15.

Diese Befugnisse des Vaters beziehen sich auch auf nachgeborene Kinder, wenn er sie haben würde, falls das Kind vor seinem Tode geboren wäre.

IV. Abgesehen von den bisher berührten Punkten enthält die Sorge für die Person des Kindes das Recht und die Pflicht, in jeder Richtung für das Wohl des Kindes einzutreten, wo dies erforderlich wird. Erschöpfend lassen sich die hieraus abzuleitenden Einzelheiten nicht aufzählen; wir müssen uns begnügen, wichtige Beispiele hervorzuheben [1]).

Wenn der Vater die Ehelichkeit eines innerhalb der gesetzlichen Frist geborenen Kindes anficht, so kann es doch nicht sofort als uneheliches behandelt werden, weil ihm einstweilen noch die von der Rechtsordnung aufgestellten Vermuthungen zur Seite stehen und die ganze Anfechtung ja unbegründet sein kann. Bis zur rechtskräftigen Feststellung des Gegentheils muß das Kind als eheliches gelten und unterliegt somit der elterlichen Gewalt des Ehemannes, der kraft der ihm obliegenden Sorge für seine Person verpflichtet ist, die Bestellung eines Pflegers zu erwirken. Daher kann auch nicht bezweifelt werden, daß, falls die Gewalt auf die Mutter übergegangen ist, ohne daß das Anfechtungsrecht des Mannes erloschen war, sie in einem etwaigen Rechtsstreite den Familienstand des Kindes zu vertheidigen hat.

Das Aufgeben der deutschen Staatsangehörigkeit durch den Vater wirkt im Allgemeinen auch für die ehelichen, in seiner Gewalt befindlichen Kinder; es ist aber möglich, diesen das bisherige Indigenat vorzubehalten. Zu erwägen, was für ihr Wohl am Ersprießlichsten ist, fällt in den Kreis der Sorge für ihre Person. Ebenso gehört es zu den Obliegenheiten des Gewalthabers, für das Kind die Entlassung aus dem diesseitigen Staatsverbande zu beantragen, falls sie wegen besonderer Umstände wünschenswerth ist, z. B., falls der Sohn oder die Tochter eine besonders günstige Gelegenheit haben, durch Auswanderung ihr Glück zu begründen. Gerade in dieser Beziehung ist aber die Entscheidung nicht dem Ermessen des Vaters allein überlassen. Denn beantragt er nicht auch zugleich für sich selber die Entlassung,

---

[1]) Vgl. auch unten § 11 XIV.

so ist er an die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes gebunden [1]).

Das der Gewalt unterworfene Kind ist mit Rücksicht auf sein Alter nothwendig geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt und kann daher ohne den Willen seines Vaters einen Wohnsitz für sich weder begründen noch aufheben [2]). Bei den noch Unerwachsenen kommt deren eigene Entschließung nicht in Betracht, ist meistens auch thatsächlich gar nicht einmal vorhanden. Der Vater bestimmt den Wohnsitz für das Kind und vermag dies auch zu bewirken, während er selbst sein bisheriges Domicil behält oder sich an einem ganz anderen Orte ein neues sucht [3]).

Der Vater hat die Entmündigung des Kindes zu erwirken, wenn sie erforderlich erscheint. Namentlich beim Herannahen des Endes seiner Gewalt kann dies als vorsorgliche Maßregel geboten sein, z. B. wegen Geisteskrankheit des Kindes [4]). Ist dem letzteren ferner etwas mit der Bestimmung zugewendet, daß das Vermögen der elterlichen Verwaltung und Nutznießung entzogen sein solle, so hat der Gewalthaber dem Vormundschaftsgerichte zum Zweck der Bestellung eines Pflegers Anzeige zu machen [5]). Dieselbe Pflicht besteht überall, wo er aus irgend einem anderen Grunde von der Vertretung des Kindes ausgeschlossen ist. Ebenso ist andererseits seine Einwilligung erforderlich, wenn das Kind für volljährig erklärt werden soll [6]).

Ist das Kind durch eine strafbare Handlung verletzt worden, so hat der Gewalthaber die Befugniß, den Antrag auf Bestrafung des Thäters zu stellen [7]), oder für das Kind Privatklage zu er-

---

[1]) RG. v. 1. Juni 1870 über den Erwerb und Verlust der Bundes- und Staatsangehörigkeit § 19 i. V. m. EG. z. BGB. Art. 41 III, § 14a i. V. m. EG. z. BGB. Art. 41 II.

[2]) BGB. § 8.

[3]) Budde, Entscheid. d. OAG. zu Rostock 8 S. 15. Der in Preußen ansässige Vater hatte sein Kind zu seiner in Mecklenburg wohnenden Schwester gebracht und ihr als Pflegekind überlassen; er selbst war demnächst nach Amerika ausgewandert.

[4]) Gegen ein der elterlichen Gewalt unterworfenes Kind kann der Entmündigungsantrag nur von dem Ehegatten oder von dem gesetzlichen Vertreter gestellt werden, dem die Sorge für die Person zusteht. CPrO. § 646.

[5]) BGB. § 1909.

[6]) BGB. § 4.

[7]) StGB. § 65 i. V. m. EG. z. BGB. Art. 34 III. Die auf Kinder in väterlicher Gewalt bezüglichen Bestimmungen des StGB. §§ 195, 232 Abs. 3 kommen zukünftig in Wegfall,

heben[1]). Ebenso hat er das Recht und nach Umständen die Pflicht, ihm einen Vertheidiger zu bestellen, wenn es einer strafbaren Handlung angeklagt ist[2]). Für das Recht des Vaters, in der Hauptverhandlung als Beistand seines minderjährigen Kindes zu erscheinen, ist nach neuestem Rechte ebenfalls Voraussetzung, daß er Inhaber der elterlichen Gewalt ist[3]).

V. Ist eine Tochter verheirathet, so beschränkt sich die Sorge für ihre Person auf die Vertretung in den die Person betreffenden Angelegenheiten (§ 1633). Im Uebrigen hat der Ehemann für seine Frau einzutreten oder diese für sich selber zu sorgen. Daß jener geschäftsunfähig oder sonst außer Stande ist, seine Gattin zu schützen, giebt dem Vater nicht sein früheres Recht zurück. Man muß davon ausgehen, daß die Tochter, wenn sie selber Hausfrau geworden ist, auch vor Erreichung der Volljährigkeit sich genügende Selbständigkeit erworben hat, um in derartigen Nothfällen ihre persönlichen Angelegenheiten nach eigener Entschließung zu ordnen. Jedenfalls tritt der Vormund des Mannes in dieser Beziehung nicht an seine Stelle[4]), und eine Anordnung, durch welche die Rechte des Vaters für diesen Fall wieder erweitert würden, fehlt im Gesetze. Den Rath der Eltern einzuholen, wo sie dessen zu bedürfen glaubt, steht ihr ja jederzeit frei. Nur ihre Vertretung verbleibt dem Gewalthaber; Rechtshandlungen, wie namentlich die Durchführung eines Rechtsstreites, müssen von ihm vorgenommen werden. Dahin können Klagen gehören, mit denen die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Ehe oder ein Recht auf Scheidung geltend gemacht wird; jedoch bleibt bei ihnen für die Vertretung durch den Gewalthaber wenig Raum. Denn trotz ihrer Minderjährigkeit ist die Tochter in Ehesachen proceßfähig und braucht nicht einmal die Zustimmung des Vaters[5]). Nur für einen geschäftsunfähigen, d. h. geisteskranken Ehegatten wird der

---

vgl. EG. z. BGB. Art. 34 VI. Wegen der Beschränkungen, die dieses Recht durch das Ruhen der elterlichen Gewalt erfährt, vergl. unten § 14, I a. E.

[1]) StPrO. § 414 Abs. 3.

[2]) StPrO. § 137 Abs. 2.

[3]) StPrO. § 149 Abs. 2 i. V. m. EG. z. BGB. Art. 35 II.

[4]) BGB. § 1409 überträgt ihm nur die Vermögensrechte des Mannes. Im Uebrigen wird die Frau daher in den Angelegenheiten, wo sie sonst an die Entscheidung des Mannes gebunden ist — vgl. § 1354 —, selbständig. Eine besondere Anwendung hiervon siehe in § 1358 Abs. 3.

[5]) CPrO. § 612, BGB. § 1336 Abs. 1.

Rechtsstreit durch den gesetzlichen Vertreter geführt (mit Ausnahme der Klage auf Wiederherstellung des ehelichen Lebens, zu deren Erhebung er nicht befugt ist); er bedarf aber hierzu der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes. Außerdem ist zur Anfechtung der Eheschließung der Tochter aus dem Grunde, weil sie ohne Einwilligung des Gewalthabers als des gesetzlichen Vertreters erfolgt ist, ausschließlich der Gewalthaber befugt[1]). Anders z. B., wenn die Frau sich genöthigt sieht, ihren Widerspruch gegen eine Entscheidung des Mannes, die er unter Mißbrauch seines Rechtes in einer das gemeinschaftliche Leben angehenden Angelegenheit getroffen hat, vor Gericht zu vertheidigen[2]), oder bei einem Streite über die Sorge für die Person der Kinder. Dieses Erziehungsrecht der Tochter darf der Vater wohl auch gegen ihren Willen geltend machen, da es sich dabei zugleich um eine Pflicht handelt. Fraglich ist aber, ob nicht das Einschreiten gegen einen Mißbrauch der ehemännlichen Befugnisse die Zustimmung der Tochter voraussetzt, da es sich dabei um ihre höchstpersönliche Angelegenheit handelt. Jedenfalls kann von keinem Mißbrauche mehr die Rede sein, wo der Wille der Frau mit demjenigen ihres Gatten übereinstimmt, auch wenn seine Anordnung für die objective Betrachtung völlig ungerechtfertigt und unbillig erscheint.

Eine scharfe Scheidung zwischen persönlichen und anderen Angelegenheiten ist übrigens überflüssig. Denn wenn auch § 1633 das Verwaltungs- und Nießbrauchsrecht des Vaters nicht berührt, so wird dabei doch als selbstverständlich angenommen, daß die Rechte des Ehemannes vorgehen. Soweit dies nicht der Fall ist, behält dagegen der Vater seine alten Rechte; insoweit bleibt also die Tochter geschäftsunfähig und muß durch ihn vertreten werden. Wo z. B. die Frau in vermögensrechtlichen Angelegenheiten zu Verfügungen des Mannes ihre Zustimmung geben muß, hat dies der Gewalthaber an ihrer Statt zu thun[3]).

---

[1]) BGB. § 1336 Abs. 2, CPrO. § 612.

[2]) BGB. §§ 1354 Abs. 2, 1357 Abs. 2. Im letzteren Falle steht die Beschwerde gegen eine ablehnende Verfügung des Vormundschaftsgerichtes aber auch der Tochter selbst zu. Freiwill. Gerichtsb. § 59.

[3]) Im Ergebnisse übereinstimmend Fraenkel S. 129—30, der aber anscheinend von einer etwas anderen Auffassung ausgeht.

Ueberall da, wo die Tochter mit Rechtswirkung handeln soll, macht sich ihre Gewaltunterthänigkeit fühlbar. In der Vorschrift des § 1633 liegt also der Nachdruck auf der Beschränkung der elterlichen Befugnisse auf die Vertretung in Rechtsgeschäften, ihrer Beseitigung für die sonstige Ordnung der persönlichen Angelegenheiten und für die thatsächliche Befriedigung der Lebensbedürfnisse. Daraus darf aber nicht geschlossen werden, daß die Tochter in allen hierher gehörenden Fragen die freie Selbstbestimmung besäße und der Vater gezwungen wäre, ohne eigene Prüfung die zur Ausführung ihrer Absichten erforderlichen Handlungen vorzunehmen. Vielmehr kann er die von ihr gewünschte Regelung durch Verweigerung seiner Mitwirkung verhindern. Nur bleibt sein Einfluß ein bloß negativer, und es steht im Allgemeinen nicht in seiner Macht, sie zu irgend einer neuen Maßregel zu nöthigen.

Ruht die elterliche Gewalt des Vaters, so geht das Recht zur Vertretung der Tochter auf die Mutter oder einen Vormund des Kindes über (§§ 1685. 1676). Dies gilt auch, wenn er nur in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, da er dann zwar einen Antheil an der Sorge für die Person des Kindes behält, aber gerade zur Vertretung nicht berechtigt ist.

§ 11.

3. Die Befugnisse des Vaters in Bezug auf das Kindesvermögen.

a) Die Verwaltung des Kindesvermögens.

I. Nach römischem und gemeinem Rechte hatte der Vater als solcher kein Verwaltungsrecht; soweit er dagegen bei den bona adventicia irregularia die Stellung eines Vormundes vertrat, galten für ihn dieselben Beschränkungen wie für den eigentlichen Vormund. Seine Verwaltung beruhte im Uebrigen auf seinem Nießbrauche und gewährte ihm daher nur ein sehr beschränktes Veräußerungsrecht. Nach BGB. dagegen unterliegt das Vermögen des Kindes, von gewissen Ausnahmen abgesehen (vgl. unten § 13 C), der Verwaltung des Vaters, der nach der Ausdrucksweise des Gesetzes das Recht und die Pflicht hat, für dieses Vermögen zu sorgen. Er hat also alle die Handlungen vorzunehmen, die zu dessen unversehrter Erhaltung

nothwendig sind, und alle Schädigungen nach Möglichkeit abzuwehren, insbesondere auch den Bestand des Vermögens durch den Abschluß von Versicherungsverträgen zu schützen. Wie weit er in dieser Beziehung zu gehen hat, entscheidet sich nach den allgemeinen Gewohnheiten ordentlicher Geschäftsführung. Danach kann es z. B. nicht zweifelhaft sein, daß körperliche Sachen gegen Feuersgefahr versichert werden müssen, während Versicherung gegen Wasserschaden (etwa durch Mängel der Wasserleitung) bisher noch nicht üblich ist. Auch ist zu berücksichtigen, ob die Kosten einer solchen Maßregel in angemessenem Verhältnisse zu den zu erwartenden Erträgen stehen, was z. B. bei Schiffsparten unter Umständen nicht der Fall ist. Ist die Frage zu verneinen, so wird allerdings meistens auch die Veräußerung des betreffenden Gegenstandes geboten sein. Die Zahlung der Versicherungsprämien ist durch § 1654 dem Vater mit Rücksicht auf seine Nutznießung auferlegt. Daraus folgt aber nicht, daß die Versicherung nun stets für das Kind vortheilhaft ist und deshalb verlangt werden darf, sondern die Entscheidung ist nach den Erwägungen zu treffen, die maßgebend sein würden, wenn Einkünfte und Kosten dem Kinde selber zufielen. Gebäude sind in baulichem Zustande zu erhalten, und für andere Sachen ist das Geeignete vorzukehren, damit sie in ordnungsmäßigem Zustande abgeliefert werden können. Ebenso hat der Vater alle Rechtsstreitigkeiten zu führen, die zur Vertheidigung des seiner Verwaltung unterliegenden Vermögens nothwendig werden; die daraus entstehenden Kosten sind auch hier nach § 1654 von ihm zu tragen. Endlich hat er auch für die nutzbare Anlegung des Vermögens zu sorgen und alle damit zusammenhängenden Handlungen vorzunehmen, wie Mahnungen, Kündigungen, Verpachtung von Ländereien und Vermiethung von Wohnungen. Inwieweit er die aus solchen Verwaltungsmaßregeln entstehenden Kosten zu tragen hat, läßt sich erst im Zusammenhange mit seiner Nutznießung erörtern. An sich fallen sie natürlich dem Kindesvermögen zur Last. Dort wird sich dann auch ergeben, daß in vielen Fällen die Unterlassung von Handlungen, die zu einer sorgsamen Verwaltung gehören, dem Vater nicht zur Verschuldung angerechnet werden darf, weil er allein dadurch geschädigt wird. Da er außerdem nur für diejenige Sorgfalt haftet, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, so sind die Gewohnheiten ordentlicher Geschäftsführung nicht unbedingt maßgebend. Aber sie sind

insofern von Bedeutung, als der Vater bei Verabsäumung des nach ihnen Gebotenen beweisen muß, daß er in eigenen Angelegenheiten nachlässiger sei, vor Allem aber insofern, als er sich darauf berufen kann, daß die unterlassene Maßregel nicht üblich sei, wenn er sie auch bei seinen eigenen Sachen vorzunehmen pflegt. Im Uebrigen unterscheiden sich hinsichtlich der Verwaltung die Pflichten des Vaters grundsätzlich nicht von denjenigen des Vormundes, soweit nicht das Gesetz Ausnahmen zu Gunsten des Ersteren macht, wie besonders deutlich dann hervortritt, wenn der Vater auf seine Nutznießung verzichtet hat oder sie ihm entzogen ist.

II. Besondere Vorschriften enthält das Gesetz (§ 1642) über die Anlegung von Geldern. Soweit sie zur Bestreitung von Ausgaben bereitzuhalten sind, darf der Vater sie selbst aufbewahren oder an sicherer Stelle hinterlegen, wobei er nicht auf die in BGB. § 1808 genannten Einrichtungen beschränkt ist, sondern unter Beachtung der ihm obliegenden Sorgfalt frei wählen darf. Wann die eine und wann die andere Maßregel angemessen ist, und auf wie lange Zeit sich die Befugniß zu eigener Verwahrung erstreckt, läßt sich nur nach den Verkehrsgelegenheiten des Ortes beurtheilen. Wer in einer großen Stadt eine erhebliche Summe mehr als wenige Tage im eigenen Hause behält, anstatt sie zu einer Bank zu bringen, ist für deren Verlust durch Diebstahl oder Feuer verantwortlich (wenn er nicht mit seinem eigenen Gelde ebenso verfährt), nicht aber, wer in einer kleinen Ortschaft wohnt, wo es überhaupt keine entsprechende Geschäftsstelle giebt. Capitalien, die nicht alsbald gebraucht werden, sind nach den für die Anlegung von Mündelgeldern geltenden Grundsätzen des BGB. §§ 1807 (d. h. in Hypotheken, Staatspapieren u. s. w.), 1808 (d. h. bei der Reichsbank, einer Staatsbank od. dergl.) unterzubringen, ohne Unterschied, ob das Geld dauernd oder nur vorübergehend an der gewählten Stelle bleiben soll. Dieser Umstand wird nur für die Entscheidung maßgebend, ob nach § 1807 oder nach § 1808 verfahren werden soll. Auf einige Monate Geld gegen eine sichere Hypothek auszuleihen, wird man nicht leicht Gelegenheit haben. Aus besonderen Gründen kann das Vormundschaftsgericht dem Vater eine andere Anlegung gestatten, namentlich in ausländischen Staatspapieren oder gegen Hypotheken, bei denen die landesgesetzlich festgestellte Beleihungsgrenze überschritten ist, die aber doch genügende Sicherheit bieten. Sich auf gewagte Geschäfte

einzulaſſen, iſt er auch mit Zuſtimmung des Gerichtes nicht befugt, weil ſie mit der vormundſchaftlichen Art ſeiner Verwaltung in Widerſpruch ſtehen würden[1]). Von dem Vormundſchaftsgerichte darf ihm ſelbſt der Verbrauch des Geldes erlaubt werden, wenn ihm das Nutznießungsrecht zuſteht (§ 1653). Die Summe iſt alsdann bei Beendigung des Nießbrauches oder, falls die ordnungsmäßige Verwaltung es erfordert, ſchon vorher zurückzuerſtatten. Die Genehmigung darf daher auch nur ertheilt werden, wenn die rechtzeitige Erfüllung dieſer Verpflichtung durch ſeine Vermögensverhältniſſe gewährleiſtet iſt.

Nimmt der Vater eine der angeführten Verwaltungsmaßregeln, zu denen er die Einwilligung des Vormundſchaftsgerichtes einholen müßte, vor, ohne dies zu thun, ſo entſteht die Frage, ob ſeine Handlungen rechtsgültig ſind oder nicht. Vielfach beſtehen ſie allerdings in thatſächlichen Verfügungen, die nicht rückgängig gemacht werden können, wie z. B. der eigenmächtige Verbrauch von Geldern. Hier iſt nur eine Entſchädigungsklage des Kindes gegen den Gewalthaber denkbar. Aber ſie können ſich auch als Rechtsgeſchäfte darſtellen, wie z. B. die Anlage in nicht mehr ganz ſicheren Hypotheken. Iſt dem Empfänger die Pflichtwidrigkeit des Vaters bekannt geweſen, ſo kann er vielleicht zu ſofortiger Rückzahlung (unter dem Geſichtspunkte des Schadenerſatzes nach BGB. § 823) angehalten werden. Befand er ſich dagegen in gutem Glauben und entſchuldbarem Irrthume, ſo darf er ſich auf die mit dem Vater vereinbarten Kündigungsfriſten berufen. Denn § 1642 erklärt nicht Zuwiderhandlungen gegen ſeine Beſtimmungen für nichtig, und die im § 1643 ſich findende Verweiſung auf §§ 1828—31 bezieht ſich nur auf die dort bezielten Rechtsgeſchäfte[2]). Auch wird man nicht das Gegentheil aus BGB. § 134 ableiten dürfen, weil § 1642 kein geſetzliches Verbot enthält. Es bleibt alſo hier gleichfalls nur eine Entſchädigungsklage gegen den pflichtwidrig verfahrenden Vater übrig.

---

[1]) Reichsgericht 15 S. 196.

[2]) Entw. I § 1514 ſchrieb ganz allgemein beim Fehlen der erforderlichen Genehmigung des Vormundſchaftsgerichtes die entſprechende Anwendung ſeines § 1680 (= BGB. § 1829) vor. Dadurch, daß die Beſtimmung als Abſ. 3 an BGB. § 1643 — wo ſie allerdings das Hauptgebiet ihrer Anwendung hat — angehängt wurde, iſt ihre Tragweite in einer vielleicht gar nicht beabſichtigten Weiſe eingeſchränkt worden.

III. Im Laufe seiner Verwaltung kann der Vater in die Lage kommen, mit Mitteln des Kindes neue Vermögensstücke zu erwerben. Ist er dabei auf dessen Interesse bedacht, so wird er das Geschäft meistens ausdrücklich im Namen des Kindes vornehmen. Aber er sieht vielleicht die Wichtigkeit eines derartigen Verfahrens gar nicht ein, weil die beiden rechtlich getrennten Vermögensmassen für seine Vorstellung eine Einheit bilden, oder noch häufiger, er hält es für überflüssig, seiner Absicht, für das Kind zu erwerben, Dritten gegenüber Ausdruck zu geben. Nimmt nun dieses später das Vermögensstück für sich in Anspruch, z. B. indem es bei einer gegen den Vater gerichteten Pfändung die Interventionsklage (durch seinen Vertreter) erhebt, so ist es ihm vielfach unmöglich, mit den gewöhnlichen Mitteln den Beweis seines Rechtes zu erbringen. Deshalb erklärt das Gesetz, daß im Zweifel das Eigenthum oder sonstige Recht mit dem Erwerb auf das Kind übergehe (§ 1646). Dies gilt jedoch nur für bewegliche Sachen, einschließlich der mit Blankoindossament versehenen Inhaber- und Ordrepapiere, sowie für Rechte an solchen Sachen und für andere Rechte, zu deren Uebertragung der Abtretungsvertrag genügt, d. h. für Forderungen. Beim Erwerb des Eigenthums oder eines anderen Rechtes an einem Grundstücke dagegen macht der Eintragungszwang einen derartigen stillschweigenden Uebergang unthunlich; ebenso steht ihm beim Vollindossament dessen Form entgegen. Der Vater wird hierdurch aber nicht gezwungen, in derartigen Fällen den Erwerb im Namen des Kindes zu machen. Er handelt nicht ohne Weiteres pflichtwidrig, wenn er als mittelbarer Stellvertreter auftritt und den Gegenstand zunächst in sein eigenes Vermögen und dann durch eine neue Handlung in dasjenige des Kindes bringt. Ebenso kann er auch da verfahren, wo § 1646 Platz greifen würde; er muß dann aber seinem Willen, für eigene Rechnung zu erwerben, unzweideutigen Ausdruck geben. Der Beweis liegt Demjenigen ob, der das Recht des Kindes bestreitet, also in dem angeführten Beispiele dem Interventionsbeklagten.

IV. Schon bisher war in der gemeinrechtlichen Praxis eine gewisse Neigung vorhanden, auf die Vormundschaft des Vaters über seine minderjährigen Kinder die für die eigentliche Vormundschaft geltenden Grundsätze auch insoweit anzuwenden, als die Genehmigung

des Vormundschaftsgerichtes in Frage kam[1]). Die Landesgesetze sind gleichfalls mehrfach in dieser Richtung vorgegangen[2]). Ihr folgt auch das BGB., zwar nicht in dem Umfange, daß es den Vater völlig einem Vormunde gleichstellte, aber doch, indem es ihn bei einer größeren Zahl von Rechtsgeschäften an die Genehmigung des Gerichtes bindet (§ 1643). Außer der schon besprochenen Anlegung von Geldern gehören hierher:

1. Die Verfügung über ein Grundstück oder ein Recht an einem Grundstücke, mit Ausnahme von Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden. Damit wird für diese Gegenstände das im bisherigen Rechte bestehende Veräußerungsverbot in seinem vollen Umfange aufrechterhalten, da der Ausdruck „Verfügung" im BGB. die Uebertragung, Belastung, Aenderung und Aufgabe eines Rechtes in sich begreift[3]). Daß sie im Namen und Interesse des Vaters vorgenommen ungültig ist, ergiebt sich schon daraus, daß das Eigenthum oder Recht nicht ihm zusteht. Bedeutung hat die Vorschrift daher nur für Verfügungen, die in Angelegenheiten des Kindes vorgenommen werden, z. B. um die Mittel zur Bezahlung von Schulden zu beschaffen. Und zwar gilt dies gleichmäßig, mag für die Verfügung überhaupt keine zwingende Veranlassung vorliegen, sondern der Vater den Verkauf eines Grundstückes etwa nur vornehmen wollen, weil sich eine günstige Gelegenheit zur Erzielung eines besonders hohen Preises bietet, oder mag, wie in dem vorhin angeführten Beispiele, es unumgänglich nothwendig sein, irgend eine Verfügung zu treffen. Stets darf der Vater nicht allein entscheiden, ob etwas geschehen soll, noch selbständig unter den verschiedenen Möglichkeiten wählen, sondern das Gericht muß Gelegenheit erhalten, zu prüfen, ob die beabsichtigte Maßregel dem Kinde vortheilhaft ist. Es soll auf diese Weise aber nicht nur vor Schaden geschützt werden, sondern sein Interesse wird auch nach der Richtung hin berücksichtigt, daß die Genehmigung auch aus Nützlichkeitsgründen zur Erlangung eines Gewinnes ertheilt werden darf, während dies nach römischem Rechte nicht gestattet, nach gemeinem mindestens zweifelhaft war[4]).

---

[1]) Vgl. Reichsgericht 10 S. 150 und 151, 15 S. 201. Das Reichsgericht selber hat diese Ansicht immer verworfen.

[2]) Vgl. die Ausführungen in den Motiven bei Haidlen III S. 468 und 69.

[3]) Planck I S. 148 Erl. 4.

[4]) Windscheid II § 517 Anm. 14.

2. Die Verfügung über eine Forderung, die auf Uebertragung des Eigenthums an einem Grundstücke, also z. B. die Abtretung der aus dem Ankaufe eines Grundstückes erworbenen Forderung auf Uebertragung des Eigenthums, oder die auf Begründung oder Uebertragung eines Rechtes an einem Grundstücke oder auf Befreiung eines Grundstückes von einem solchen Rechte[1]) (wieder mit Ausnahme der Hypotheken u. s. w.) gerichtet ist, weil eine derartige Forderung wirthschaftlich offenbar denselben Werth hat wie der Gegenstand, auf den sie sich bezieht. Da der Begriff der Verfügung über ein Recht auch dessen Aufgeben mitumfaßt, so muß zu den Verfügungen über eine Forderung jede auf deren Aufhebung gerichtete Handlung gehören. Für den Verzicht, auch den vergleichsweisen, die Aufrechnung und Aehnliches ist dies auch nicht zweifelhaft. Anders aber liegt die Sache bei der Entgegennahme der Leistung. Im Allgemeinen steht sie allerdings anderen Verfügungen gleich[2]), und für die Befugnisse des Vormundes findet diese Auffassung in den Bestimmungen des BGB. § 1812 ihre Bestätigung. Dem Vater gegenüber sind nicht dieselben Sicherheitsmaßregeln nothwendig wie dem Vormunde gegenüber; eine Veruntreuung des Kindesvermögens durch ihn ist nicht so leicht zu fürchten, und das Gesetz hat es mit Recht abgelehnt, einer derartigen Besorgniß durch besondere Maßregeln zu begegnen. § 1812 findet auf ihn keine entsprechende Anwendung. Die dem § 1821 zu Grunde liegende Erwägung, daß dem Vater in wichtigen Angelegenheiten die Entscheidung nicht allein überlassen bleiben dürfe, trifft aber bei der Entgegennahme einer geschuldeten Leistung nicht zu. Es hätte ja auch keinen Sinn, sie von einer obervormundschaftlichen Ermächtigung abhängig zu machen, weil der Vater nachher unbeaufsichtigt bleibt. Der Begriff der Verfügung setzt weiter das Wollen einer Rechtsveränderung voraus. Daher fällt unter ihn zwar die absichtliche Herbeiführung der Verjährung eines Anspruches, die namentlich bei ererbten Forderungen sich noch während der Minderjährigkeit des Kindes vollziehen kann, nicht aber die aus Nachlässigkeit hervorgegangene Unterlassung der Anstellung einer Klage.

3. Die Eingehung der Verpflichtung zu einer der unter 1 und 2 bezeichneten Verfügungen, z. B. der Abschluß eines Verkaufs-

[1]) Eine Verfügung über eine Forderung der letztgedachten Art ist wohl nur als Verzicht denkbar.

[2]) Planck a. a. O.

geschäftes über ein Grundstück. Es ist also nicht nur die ohne Genehmigung des Gerichtes vorgenommene dingliche Verfügung unwirksam, sondern auch das ihr vorausgehende und zu Grunde liegende obligatorische Geschäft. (Vgl. zu 1—3 § 1821.)

Ferner ist die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes erforderlich

4. zu einem Rechtsgeschäfte, durch welches das Kind zu einer Verfügung über sein Vermögen im Ganzen oder über eine ihm angefallene Erbschaft oder über seinen künftigen gesetzlichen Erbtheil oder seinen künftigen Pflichttheil verpflichtet wird[1]), sowie zu einer Verfügung über den Antheil des Kindes an einer Erbschaft. Da Schenkungen dem Vater allgemein verboten sind (vgl. unten VIII), so kann es sich in den beiden ersten Fällen nur um entgeltliche Verträge handeln, insbesondere um den Erbschaftskauf. An ähnliche Geschäfte ist bei der Verfügung über den Antheil an einer Erbschaft zu denken, nicht aber an einen Erbtheilungsvertrag, denn dieser ist in § 1822 unter Nr. 2 besonders erwähnt, und diese Nummer wird in § 1643 nicht unter den entsprechend anwendbaren Vorschriften aufgeführt. Eine Verfügung über einen künftigen Erbtheil kann nur durch Erbverzicht erfolgen, der also weder unentgeltlich noch entgeltlich (vergleichsweise) ohne Einwilligung des Gerichts abgeschlossen werden darf. Der Verzicht auf den Pflichttheil gehört nur dann hierher, wenn er vor dem Tode des Erblassers ausgesprochen wird. Nachher gilt allerdings das Gleiche, aber auf Grund des § 1643 Abs. 2.

5. Zu einem Vertrage, der auf den entgeltlichen Erwerb oder die Veräußerung eines Erwerbsgeschäftes gerichtet ist, sowie zu einem Gesellschaftsvertrage, der zum Betriebe eines Erwerbsgeschäftes eingegangen wird.

6. Zu einem Mieth- oder Pachtvertrage oder einem anderen Vertrage, durch den das Kind zu wiederkehrenden Leistungen verpflichtet wird[2]), z. B. zu einem Versicherungsvertrage, wenn das

[1]) Im Entw. I § 1674 Nr. 3 und Entw. II § 1702 Nr. 1 war die entsprechende dingliche Verfügung dem verpflichtenden Rechtsgeschäfte gleichgestellt. Dies trifft jetzt nicht mehr zu, aber jene löst sich in eine Reihe von Verfügungen über die einzelnen Vermögensstücke auf, die aus anderen Gründen, z. B. als Verfügung über ein Grundstück, an die Genehmigung des Gerichtes gebunden sein können.

[2]) Ein Vergleich, durch den das

Vertragsverhältniß länger als 1 Jahr nach der Vollendung des 21. Lebensjahres des Kindes fortdauern soll. Ob das Kind bei dem Vertrage Vermiether (Verpächter) oder Miether (Pächter) ist, macht keinen Unterschied, ebensowenig, ob es sich um Sachmiethe oder Dienstmiethe handelt, und ob im ersteren Falle die Sache unbeweglich oder beweglich ist. Da zum Abschlusse derartiger Verträge die obervormundschaftliche Genehmigung nur unter der angegebenen Voraussetzung erforderlich ist, so übt z. B. bei Eingehung eines Lehrlingsverhältnisses das Alter des Kindes einen Einfluß aus. Wird die Lehrzeit nach der Vereinbarung noch vor dem vollendeten 22. Lebensjahre des Sohnes endigen, so bedarf es keiner gerichtlichen Einwilligung. Dagegen muß sie eingeholt werden, wenn der Vertrag so spät abgeschlossen wird, daß das Verhältniß über jenen Zeitpunkt hinaus dauern wird.

7. Zur Aufnahme von Geld auf den Kredit des Kindes. Betroffen wird von dieser Bestimmung nicht nur das eigentliche Darlehn, sondern jedes denselben wirthschaftlichen Zweck verfolgende Geschäft, insbesondere ein Verkauf von Gegenständen unter Vorbehalt des Rückkaufsrechtes, der als Verpfändung des Gegenstandes gemeint ist, dagegen nicht sonstige Kreditgeschäfte, z. B. ein Kauf auf Borg.

8. Zur Ausstellung einer Schuldverschreibung auf den Inhaber oder zur Eingehung einer Verbindlichkeit aus einem Wechsel oder einem anderen Papiere, das durch Indossament übertragen werden kann. Auf diese Weise werden häufig mittelbar Kreditgeschäfte, für die an sich keine Genehmigung erforderlich ist, von einer solchen abhängig gemacht. Zu beachten ist, daß nicht nur die Ausstellung oder Annahme des Wechsels oder Papiers unter die Vorschrift fällt, sondern auch die Indossirung. Da ihr Grund in der Strenge der Verpflichtung, dem Ausschlusse von Einreden aus der Person des Rechtsvorgängers liegt, so findet sie keine Anwendung auf Uebertragungen von Wechseln, die gewöhnlichen Cessionen gleichstehen, z. B. Indossirung eines protestirten Wechsels [1]).

Kind zu wiederkehrenden Leistungen verpflichtet wird, fällt mit Rücksicht auf die im § 1643 nicht angezogene Nr. 12 des § 1822 nicht unter diese Bestimmung. Fraenkel S. 148 Anm. 1.

[1]) WO. Art. 16 Abs. 2. Wie steht es mit Indossamenten „ohne Gewährleistung", „ohne Obligo"?

9. Zur Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit, insbesondere zur Eingehung einer Bürgschaft. Dieser Begriff dürfte so ziemlich mit der römischen Intercession zusammenfallen, sodaß die Bestimmung keine Anwendung findet, falls die Verbindlichkeit nur für die äußerliche Betrachtung eine fremde ist, materiell aber dem Kinde obliegt. Die im gemeinen Rechte streitige Frage, ob eine Intercession anzunehmen sei, wenn Jemand eine Schuld zu tilgen verspricht, die er für seine eigene hält, während sie in Wirklichkeit die Verbindlichkeit eines Anderen ist, muß gegenüber § 1822 Nr. 10 jetzt dahin entschieden werden, daß das Geschäft nicht unter die gesetzliche Bestimmung fällt. Denn diese ist nicht, wie das SC Vellejanum zu dem Zwecke erlassen, um den Schuldner vor den Folgen der Uebernahme von Verpflichtungen zu schützen, sondern um möglichst genau prüfen zu lassen, ob es dem wirklichen Interesse des Kindes entspricht, eine fremde Schuld zu übernehmen. Davon kann aber nur die Rede sein, wenn erkennbar ist, daß es sich um eine solche handelt. Leistet der Vater ein Zahlungsversprechen Namens des Kindes für dessen angebliche Schuld, so liegt nicht die besondere Gefahr vor, vor der das Gesetz das Kind bewahren will. Das Geschäft kann daher nur nach den allgemeinen Grundsätzen angefochten werden, wie eine andere auf Irrthum beruhende Handlung des Vaters. Auch im Uebrigen darf die römische Lehre von der Intercession nur sehr vorsichtig herangezogen werden, da die Verschiedenheit der verfolgten Ziele ihre Verwendung nicht immer gestattet. Namentlich kann entschuldbarer Irrthum des Gläubigers die ohne obervormundschaftliche Genehmigung erfolgte Uebernahme der fremden Verbindlichkeit nicht gültig machen. Ebensowenig wird durch den Umstand eine Ausnahme begründet, daß sie gegen Bezahlung erfolgt, da das Gericht hier gerade zu untersuchen hat, ob das Geschäft wegen dieses Umstandes vortheilhaft ist oder nicht.

10. Zur Ertheilung einer Prokura (zu 4—10 vgl. § 1822).

11. Zur Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses, sowie zum Verzicht auf einen Pflichttheil (vgl. oben unter 4). Die Genehmigung ist auch dann erforderlich, wenn zunächst der Vater neben dem Kinde berufen war und für seine eigene Person ausgeschlagen hatte. Anders dagegen, wenn der Vater nächster Erbe oder Vermächtnißnehmer war, und der Anfall an das Kind erst in Folge seiner Ausschlagung eintrat (§ 1643 Abs. 2). Diese Ver-

schiedenheit kann schwerlich mit den Motiven[1]) dadurch gerechtfertigt werden, daß im letzteren Falle die Prüfung des Inhabers der elterlichen Gewalt für sich vorausgeht, im anderen aber die Prüfung im Interesse Beider in gleicher Linie steht, und daß im ersten Falle die Wirkung der Annahme sich durch den Wegfall des Vaters als Miterben erweitert und ein Widerstreit der Interessen Beider naheliege. Ein solcher kann vielmehr nur höchst selten entstehen, da der Vater durch seine Ausschlagung ausgeschieden ist und durch die Annahme der Erbschaft seitens des Kindes nur benachtheiligt werden kann, wenn der Nachlaß überschuldet ist. Dann ist aber auch die Annahme für das Kind nicht vortheilhaft. Eine falsche Beurtheilung der Sachlage durch den Vater ist allerdings möglich, aber dies trifft in beiden Fällen gleichmäßig zu.

12. Zur vertragsmäßigen Aufhebung eines Erbvertrages des Kindes, es sei denn, daß sie von Ehegatten oder unter Verlobten vorgenommen wird. Bei dem vorausgegangenen Erbvertrage ist das Kind meistens Vertragserbe gewesen, da als Erblasser im Allgemeinen nur Jemand betheiligt gewesen sein kann, der unbeschränkt geschäftsfähig war. Es handelt sich also für den Gewaltuntergebenen nunmehr um das Aufgeben eines schon erworbenen Rechtes, wodurch sich die Gleichstellung des Aufhebungsvertrages mit der Ausschlagung einer Erbschaft rechtfertigt. In die Verhältnisse von Ehegatten oder zukünftigen Ehegatten soll aber der Vater sich möglichst wenig einmischen dürfen; deshalb ist hier zur Aufhebung des Vertrages nicht einmal seine Einwilligung nothwendig. Ein Ehegatte, d. h. unter Berücksichtigung des BGB. § 1303 eine Frau, kann allerdings auch als Erblasser einen Erbvertrag schließen, ohne unbeschränkt geschäftsfähig zu sein, jedoch nur mit Zustimmung seines Gewalthabers. Es wird aber thatsächlich wohl nicht leicht vorkommen, daß dieser Vertrag schon nach wenigen Jahren, bevor die Frau volljährig geworden ist, wieder aufgehoben wird. Geschieht es dennoch, so bedarf sie weder der Zustimmung des Vormundschaftsgerichtes noch derjenigen des Vaters (BGB. §§ 2290 Abs. 3, 2275, 2290 Abs. 2, 2347). In diesen Zusammenhang gehört auch die Vorschrift, daß, wenn die verheirathete Tochter Wittwe wird, die Fortsetzung der Gütergemeinschaft nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes abgelehnt

[1]) Haiblen III S. 472.

werden darf (BGB. § 1484 Abs. 2). Zwar war hier das Verwaltungsrecht des Vaters durch die Eingehung der Ehe zunächst beseitigt worden, aber mit dem Tode des Mannes lebt es wieder auf. Die Tochter darf daher auch nicht selbständig die Fortsetzung der Gütergemeinschaft ablehnen, sondern die Entscheidung steht ihrem Vater zu, der dazu, wie bemerkt, der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes bedarf. Ebenso liegt die Sache bei der Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft (BGB. § 1492 Abs. 3). Verbleibt es bei der Gütergemeinschaft, so gebührt dem Vater die Verwaltung des Gesammtgutes der Tochter und der Enkel.

Bei allen angeführten Rechtshandlungen wird die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes zu dem Zwecke gefordert, um das Kind wenigstens in den wichtigsten Angelegenheiten vor Schädigungen durch unrichtige Verwaltungsmaßregeln des Vaters zu schützen. Diese Bestimmungen sind daher im Zweifelsfalle ausdehnend auszulegen. Allerdings ergiebt ihre Vergleichung mit den entsprechenden Vorschriften des Vormundschaftsrechts, daß man Bedenken getragen hat, die Befugnisse des Vaters unnöthig einzuschränken. Das spricht aber nur gegen eine analoge Uebertragung weiterer den Vormund betreffenden Vorschriften. Innerhalb des nach § 1643 zulässigen Umfanges dagegen ist das Interesse des Kindes mehr zu berücksichtigen als das Verwaltungsrecht des Vaters. Dieser Maßstab ist namentlich bei Auslegung des zweiten Satzes des § 1643 Abs. 2 anzulegen. Nach seinem Wortlaute würde er überall da Platz greifen, wo die Ausschlagung eines Erwerbes durch den Vater Voraussetzung für den Erwerb des Kindes ist, also z. B. auch wenn jener als Erbe eingesetzt und der für den Fall seiner Ablehnung ernannte Ersatzerbe mit einem Vermächtnisse zu Gunsten des Kindes belastet ist. Hier dürfte demnach der Vater nach Ausschlagung der Erbschaft auch die Annahme des Vermächtnisses für das Kind ablehnen, ohne das Vormundschaftsgericht zu fragen. Denken wir aber z. B., daß der Grund seiner Entschließung in Bezug auf den ihm angebotenen Erwerb nur in lästigen Auflagen oder in sonstigen mit ihm verbundenen Unannehmlichkeiten lag, etwa in der Nothwendigkeit, sich der Bewirthschaftung eines landwirthschaftlichen Grundstückes oder der Leitung einer Fabrik zu unterziehen, und daß gerade das Grundstück oder die Fabrik den Gegenstand des Vermächtnisses bildet, so liegt der vom Gesetzgeber gefürchtete Wider-

ſtreit der Intereſſen vor. Es iſt demnach gerechtfertigt, die allgemeine Regel des erſten Satzes des Abſ. 2 wenigſtens überall da zur Anwendung zu bringen, wo der dem Vater und der dem Kinde in Ausſicht ſtehende Erwerb nicht völlig gleichartig iſt. Gedacht iſt bei der Beſtimmung des zweiten Satzes auch nur an den Fall, daß Beide hinter oder neben einander zu demſelben Erwerbe berufen ſind.

Zur Aufnahme von Geld auf den Kredit des Kindes, zur Ausſtellung von Schuldſcheinen auf den Inhaber, von Wechſeln und von anderen indoſſablen Papieren, ſowie zur Uebernahme fremder Verbindlichkeiten kann der Vater durch das Vormundſchaftsgericht allgemein ermächtigt werden. Das ſoll jedoch nur geſchehen, wenn es zum Zwecke der Vermögensverwaltung, insbeſondere zum Betriebe eines Erwerbsgeſchäftes, erforderlich iſt (§ 1643 Abſ. 3 i. V. m. § 1825). Im Uebrigen muß die Genehmigung in jedem einzelnen Falle eingeholt werden, ſei es vor dem Abſchluß des Geſchäftes, ſei es nachher. Die im allgemeinen Theile des BGB. durchgeführte Unterſcheidung zwiſchen Einwilligung und Genehmigung iſt an dieſer Stelle nicht feſtgehalten worden[1]). Die Zuſtimmung kann nur dem Vater gegenüber erklärt werden. Wird von dem Gewalthaber ein Vertrag zunächſt ohne die erforderliche Genehmigung eingegangen, ſo hängt ſeine Wirkſamkeit von ihrer nachträglichen Ertheilung ab. Bis zur Entſcheidung beſteht eine heilbare oder ſchwebende Ungültigkeit, und beide Theile dürfen nicht willkürlich von dem Vertrage zurücktreten[2]). Um dem Vater die Möglichkeit zu nehmen, dieſen Schwebezuſtand unbillig lange aufrechtzuerhalten, iſt dem anderen Theile die Befugniß gegeben, ihn zur Mittheilung darüber aufzufordern, ob die Genehmigung ertheilt ſei. Iſt nicht binnen 2 Wochen von dem Empfange dieſer Aufforderung an die Mittheilung an den Gegner gelangt, daß das Gericht zugeſtimmt habe, ſo gilt die Genehmigung als verweigert. Dadurch wird die vorausgegangene Vereinbarung ebenſo hinfällig wie durch die wirkliche Verſagung der obervormundſchaftlichen Zuſtimmung[3]), und ein nachträglicher Widerruf iſt unzuläſſig. Zweifellos muß man dies annehmen, wenn gar keine Erklärung innerhalb der geſetzlichen Friſt abgegeben iſt,

[1]) Haiblen III S. 728.

[2]) Planck I S. 144 unter 3.

[3]) Da nicht bloß ein Recht zur Zurückweiſung des Geſchäftes durch den Gegner entſteht, vielmehr die im Text angegebene Folge von Rechtswegen eintritt, ſo darf auch der Vater ſich auf ſie berufen.

weil der Gegner sonst seinen Zweck, von dem Vertrage frei zu werden, nicht erreichen würde. Dann aber muß die thatsächliche Verweigerung dieselbe Folge haben, da letztere in beiden Fällen die gleiche sein soll. Nur tritt sie unter jener Voraussetzung mit dem Ablaufe der Frist ein, hier dagegen mit der Mittheilung der Entscheidung des Gerichts seitens des Vaters an den Gegner. Bis zu ihrer Kundgebung an ihn darf diese daher allerdings noch geändert werden[1]). Aber andererseits bleibt sie erfolglos, wenn inzwischen der Gegner von seiner Befugniß Gebrauch gemacht hat, und die gesetzliche Frist vor der Mittheilung verstrichen ist. Denn auch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes wird erst von jener Kundgebung an wirksam. In Bezug auf den genehmigten Vertrag dagegen tritt die durch BGB. § 184 angeordnete Rückwirkung ein. Ist das Kind vor der Entscheidung durch den Eintritt der Volljährigkeit von der elterlichen Gewalt befreit, so hat es sich selber darüber schlüssig zu machen, ob es den Vertrag aufrecht erhalten oder ablehnen will. — Hat der Vater dem anderen Theile gegenüber der Wahrheit zuwider behauptet, daß die Genehmigung ertheilt sei, so ist der andere Theil nicht gebunden, bis sie wirklich erfolgt und ihm dies mitgetheilt ist. Es tritt für ihn nicht der vorhin beschriebene Schwebezustand ein, sondern er ist ohne Weiteres zum Widerrufe berechtigt, es sei denn, daß ihm das Fehlen der Genehmigung bei dem Abschlusse des Vertrages bekannt war. Ist er durch die falsche Vorspiegelung des Vaters thatsächlich nicht getäuscht worden, so bleibt es bei der gewöhnlichen heilbaren Ungültigkeit, die für das Kind unter allen Umständen gilt, solange der Gegner nicht von dem Widerrufsrechte Gebrauch gemacht hat. — Ein einseitiges Rechtsgeschäft, das der Vater ohne die erforderliche Genehmigung vornimmt, ist gleichfalls unwirksam, kann aber selbst durch nachträgliche Zustimmung des Gerichts (oder des volljährig gewordenen Kindes) keine Gültigkeit erlangen. Und bei empfangsbedürftigen Geschäften genügt ihre vorherige Ertheilung allein nicht; der Gegner darf verlangen, daß sie ihm gleich bei der Vornahme des Geschäftes in schriftlicher Form vorgelegt wird, und wenn dies nicht geschieht, das Geschäft, jedoch

[1]) Freiwill. Gerichtsb. § 55 erklärt die Aenderung der Verfügung für unzulässig, nachdem sie einem Dritten gegenüber wirksam geworden ist. Dies ist aber nach BGB. § 1829 Abs. 1 a. E. mit ihrer Mittheilung durch den Vater an den anderen Theil der Fall.

nur unverzüglich und nur unter Berufung auf diesen Grund, zurückweisen (§§ 1643 Abs. 3, 1828—31).

V. Um die angeführten Beschränkungen der Verwaltungsrechte des Vaters in vollem Umfange durchzuführen, ist angeordnet, daß er Gegenstände, zu deren Veräußerung die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes vorgeschrieben ist, dem Kinde nicht ohne diese Genehmigung zur Erfüllung eines von dem Kinde geschlossenen Vertrages oder zu freier Verfügung überlassen kann (§ 1644). Denn wenn auch nach BGB. § 107 das Kind als Minderjähriger zu Willenserklärungen, durch die es nicht lediglich einen rechtlichen Vortheil erlangt, der Einwilligung des Gewalthabers bedarf, so gelten doch nach § 110 seine Verträge als von Anfang an wirksam, wenn es die vertragsmäßige Leistung mit Mitteln bewirkt, die ihm zu diesem Zwecke oder zur freien Verfügung von dem Vater überlassen sind. Auf diesem Wege könnte die Vorschrift des § 1643 leicht umgangen werden. Daher darf der Vater solche Gegenstände dem Kinde nicht überlassen, und wenn er dies dennoch thut, so liegt keine Ueberlassung im Sinne des § 110 vor — § 1644 sagt: der Vater *kann* Gegenstände nicht überlassen —, und werden sie vom Kinde zur Bewirkung einer Leistung verwendet, so ist dies zu beurtheilen, als ob es Sachen, die sich zufällig in seinem Gewahrsam befinden, veräußerte, d. h. die Erfüllung ist nichtig, daher bleibt auch der vorausgegangene Vertrag unwirksam. Der geleistete Gegenstand kann, soweit es nach der Sachlage möglich ist, mit einer dinglichen Klage zurückgefordert werden. Muß nach den thatsächlichen Verhältnissen ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung erhoben werden, so darf der Beklagte sich nicht darauf berufen, daß das Kind gewußt habe, es sei zur Leistung nicht verpflichtet[1]). Denn die Hingabe ist von vornherein nichtig, sodaß auf einen dabei etwa unterlaufenden Irrthum oder dessen Fehlen nichts ankommt. Empfang des Gegenstandes und Bereicherung sind hier grundsätzlich zu unterscheiden und fallen meistens auch zeitlich auseinander. Kann z. B. der Eigenthumsanspruch nicht geltend gemacht werden, weil Beklagter den Gegenstand verbraucht hat, so ist doch der Bereicherungsanspruch begründet, weil die Bereicherung nicht in der Uebergabe der Sache[2]),

[1]) Vgl. BGB. § 814.

[2]) Die in der Erlangung des Besitzes liegende Bereicherung kommt hier nicht in Betracht.

sondern in ihrem Verbrauche enthalten ist. Der Umfang der Verpflichtung des Gegners ist verschieden, je nachdem ihm der Mangel des rechtlichen Grundes bei dem Empfange bekannt war oder nicht[1]). Soweit das Kind dadurch Schaden erleidet, daß es in Gemäßheit der Condictionsgrundsätze keinen Ersatz erlangt, darf der Vater auf Grund seiner Haftung für Verschulden auf Entschädigung belangt werden. Ist die Verpflichtung des Empfängers zur Herausgabe durch zufälligen Untergang der Sache ausgeschlossen, so liegt auch zwischen dem Vermögensverluste des Kindes und dem Verschulden des Gewalthabers kein ursächlicher Zusammenhang vor, doch müßte wohl letzterer den Beweis übernehmen, daß der Untergang auch in seinen eigenen Händen erfolgt wäre. Im Uebrigen kann die Unwirksamkeit des Geschäftes und damit auch diejenige der Erfüllung gleichfalls durch nachträgliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes geheilt werden, und der Gegner hat das Recht, die Entscheidung über seine Gültigkeit durch eine an den Vater gerichtete Aufforderung nach § 1829 herbeizuführen, wie er auch befugt ist, die Unwirksamkeit des Geschäftes in seinem Interesse geltend zu machen.

VI. Abgesehen von den erörterten gesetzlichen Bestimmungen darf der Vater Bestandtheile des Kindesvermögens gültig veräußern, namentlich bewegliche Sachen und Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden, sowie sonstige Forderungen, die unter keine der oben (IV) angeführten Kategorien fallen[2]). Ob solche Maßregeln im Verhältnisse zum Kinde gerechtfertigt erscheinen, ist eine andere Frage, bei deren Beantwortung auch heute noch die Grundsätze des römischen und des gemeinen Rechts herangezogen werden können. Aber Dritten gegenüber ist er zur Veräußerung befugt, die von ihm vorgenommene Uebertragung des Eigenthums, der Forderung u. s. w. ist unanfechtbar, er müßte denn arglistig verfahren sein[3]). Von Nichtigkeit der Verfügung kann jedoch auch in den Fällen der letzteren Art nur insoweit die Rede sein, als nicht die Grundsätze über den Schutz

[1]) Vgl. BGB. §§ 818, 819.

[2]) Ist der Vater Schuldner aus diesen Forderungen, so liegt ein Widerstreit der Interessen vor, der das Gericht veranlassen könnte, ihm die Vertretung zu entziehen (vgl. oben § 9 III, 3), kraft Gesetzes von ihr ausgeschlossen ist er nicht. Das ist bei einer Sachlage, wie sie im Reichsgericht 41 S. 227 angegeben ist, höchst bedenklich.

[3]) Seuffert XXIX Nr. 230, auch Reichsgericht 24 S. 220.

des Erwerbes in gutem Glauben entgegenstehen, weil kein gesetzliches Verbot im Sinne des BGB. §§ 134, 135 vorliegt. Ebenso darf der Vater derartige Vermögensbestandtheile dem Kinde zur Erfüllung von Verträgen oder zur freien Verfügung hingeben, vorbehaltlich seiner Haftung, soweit darin eine Verletzung seiner Pflicht zur Sorge für das Kindesvermögen liegt.

VII. Ein neues Erwerbsgeschäft soll er nicht ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes im Namen des Kindes beginnen (§ 1645). Ein schon bestehendes Geschäft, das dem Kinde durch Erbschaft u. s. w. zugefallen ist, darf er also unter der bisherigen Firma fortsetzen, ohne erst die Erlaubniß der Behörde einzuholen. Zweifelhafter ist, wie es sich verhält, wenn er das von dem Kinde erworbene kaufmännische oder gewerbliche Unternehmen unter dessen Namen fortsetzt. Da der Grund der Vorschrift darin zu suchen ist, daß die Neubegründung eines Erwerbsgeschäftes ganz außerhalb der gewöhnlichen Vermögensverwaltung liegt[1]), während die aus der Haftung des Kindes entspringende Gefahr offenbar bei der Fortführung eines alten Geschäftes unter der bisherigen Firma in demselben Umfange gegeben ist, so ist § 1645 bei der Fortsetzung eines bestehenden Unternehmens unter dem Namen des Kindes nicht anwendbar. Es kann jedoch in dieser Aenderung in Verbindung mit weiteren Umständen die Neueröffnung eines von dem bisherigen Geschäfte verschiedenen enthalten sein, wobei freilich die weiteren Umstände mehr in's Gewicht fallen, als die äußerliche Bezeichnung des Geschäftes, und schon allein für die Annahme, daß der Beginn eines neuen Erwerbsgeschäftes vorliege, genügen können, z. B. wenn ein Herrengarderobegeschäft in ein solches für Damenconfection umgewandelt wird. Ob der Vater berechtigt ist, das Kindesvermögen zur Eröffnung eines Unternehmens unter seinem eigenen Namen zu benutzen, kann erst bei der Besprechung seines Nießbrauchsrechtes (vgl. § 12 I 6) erörtert werden.

Wird der gesetzlichen Bestimmung zuwidergehandelt, so sind, da sie nur eine Ordnungsvorschrift bildet, die einzelnen vorgenommenen Handlungen durchaus gültig, soweit nicht aus anderen Gründen für sie obervormundschaftliche Genehmigung erforderlich ist. Das Gericht ist aber befugt, wegen dieser Pflichtverletzung gegen den Vater einzuschreiten[2]), und letzterer macht sich außerdem unter Umständen

[1]) Haidlen III S. 473. | [2]) Vgl. unten § 13 II.

schadenersatzpflichtig. Beruht der eintretende Nachtheil auf mangelhafter Geschäftsführung, so haftet der Gewalthaber schon auf Grund dieses Verschuldens. Dagegen braucht er für zufällig eintretende Verluste nur aufzukommen, wenn ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Unterlassung und dem Schaden besteht[1]).

VIII. Schenkungen in Vertretung des Kindes zu machen, ist dem Vater nicht gestattet, es müßte denn durch sie einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht genügt werden (§ 1641). Für Fälle der letzteren Art führen die Motive[2]) aus, daß auch die Vermögensverhältnisse des Kindes in Betracht zu ziehen seien, und daß insbesondere der Inhaber der elterlichen Gewalt, soweit demselben an dem Vermögen des Kindes die Nutznießung zustehe, aus diesem Vermögen solche Schenkungen nicht machen dürfe, die ein ordentlicher Hausvater nicht aus dem Stamme seines Vermögens, sondern aus den laufenden Einnahmen zu machen pflege. Hiernach würde der Vater namentlich für kleinere Schenkungen die erforderlichen Mittel aus den Einkünften hergeben oder sie ganz unterlassen müssen. Zu ersterem ist er allerdings insoweit verpflichtet, als er kraft seiner Unterhaltungspflicht alle für den gesammten Lebensbedarf des Kindes erforderlichen Ausgaben zu bestreiten hat, und als hierzu auch kleine Geschenke im Namen des Kindes, z. B. Geburtstags- und Weihnachtsgeschenke im Namen des Kindes an die nächsten Familienangehörigen zu rechnen sind. Im Uebrigen ist jedoch

[1]) So Protokolle IV S. 579—80. Die Richtigkeit dieser Ansicht ist freilich zweifelhaft, da bekanntlich die Frage des Causalzusammenhanges sehr bestritten ist, vgl. jetzt Endemann, Einführung in das Studium des BGB. I § 129 (5. Aufl.), auch Matthiaß I § 76, V. Das Betreiben des Erwerbsgeschäftes ist in diesem Falle allerdings eine schuldvolle Handlung, weil es verabsäumt ist, die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes zu erwirken, und ohne diesen Betrieb wäre der Schaden nicht eingetreten. Aber ob der Betrieb eine Pflichtwidrigkeit enthielt oder nicht, ist auf die Entstehung des Verlustes ganz einflußlos, dieser knüpft sich vielmehr an die einfache Thatsache der Führung des Geschäftes. Man wird aber fordern müssen, daß gerade zwischen dem schuldvollen Handeln oder Unterlassen und dem Schaden ein Zusammenhang besteht und zugeben müssen, daß die Verringerung des Vermögens des Kindes nicht mit Sicherheit vermieden wäre, wenn der Vater einen entsprechenden Antrag an das Vormundschaftsgericht gestellt hätte. Dies ließe sich nur behaupten, wenn gewiß wäre, daß die Genehmigung versagt worden wäre. Mehr haben auch die Protokolle schwerlich verlangen wollen.

[2]) Haidlen III S. 467.

zu prüfen, ob ein ordentlicher Hausvater oder vielmehr, da der Inhaber der elterlichen Gewalt nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hat, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, ob er in gleichem Falle beim Fehlen laufender Einnahmen die Schenkung ganz unterlassen oder den Stamm seines Vermögens angreifen würde. Hochzeitsgeschenke an die Geschwister des Kindes würden wohl in angemessener Höhe aus dem Kapital gemacht werden dürfen[1]), ob auch eine Ausstattung für eine arme Schwester, die sonst nicht heirathen kann, mag zweifelhaft sein[2]), doch würde es kaum unserem Gefühl entsprechen, wenn das Kind später den Vater dafür verantwortlich machen wollte, daß er eine bescheidene Ausstattung aus einem erheblichen Kindesvermögen gewährt hat. Der unentgeltliche Verzicht auf ein Pfandrecht enthält keine Schenkung an den dadurch Befreiten, weil er durch das Geschäft nicht, wie BGB. § 516 fordert, bereichert wird. Könnte hierüber noch ein Zweifel bestehen, so würde er durch den Hinweis auf BGB. § 1822 Nr. 13 beseitigt werden, wo für ein Rechtsgeschäft des Vormundes, durch das die für eine Forderung des Mündels bestehende Sicherheit aufgehoben wird, die Genehmigung des Gerichtes vorgeschrieben ist, obwohl jener schon nach § 1804 in Vertretung des Mündels keine Schenkungen machen darf. Auf den Vater ist nicht einmal § 1822 Nr. 13 ausgedehnt. Regelmäßig enthält aber eine derartige Liberalität eine Pflichtwidrigkeit auf seiner Seite, jedoch braucht dies nicht stets der Fall zu sein[3]).

IX. Weitere Beschränkungen sind dem Vater nicht auferlegt, namentlich braucht er nicht ohne Weiteres ein Vermögensverzeichniß aufzunehmen. Erst beim Tode der Mutter tritt eine Verpflichtung hierzu für ihn ein (§ 1640). Begründet worden ist die Bestimmung mit der Nothwendigkeit, daß der Vater sich in diesem Zeitpunkte genau klarmache, welche Rechte er gegenüber dem vorhandenen Vermögen habe, und daß in diesem Augenblick zu Gunsten der Kinder für einen Beweis dessen gesorgt werden müsse, was ihnen zustehe[4]). Dieser letzte Grund würde, für sich allein betrachtet, immer zutreffen,

---

[1]) Anders fr. 13 § 2 D. 26, 7.

[2]) Dagegen spricht sich Paulus in fr. 12 § 3 D. 26, 7 aus. Doch wich auch wohl die grundsätzliche Auffassung der Römer in dieser Frage von der unsrigen ab.

[3]) Vgl. Reichsgericht 10 S. 145.

[4]) Haidlen III S. 464.

sobald der Gewalthaber Kindesvermögen in seine Verwaltung nimmt. Deshalb muß das entscheidende Gewicht auf den ersten gelegt werden, der aber nur dahin verstanden werden kann, daß der Vater, weil er regelmäßig vorher die Verwaltung des gesammten Familienvermögens gehabt hat und sie auch jetzt noch, wenngleich in anderer Eigenschaft, behält, sich über die Aenderung seiner rechtlichen Stellung klarwerden solle. Hierauf und nicht auf den Wegfall der thatsächlichen Aufsicht der Mutter kommt es an. Daher ist eine entsprechende Uebertragung der Vorschrift auf den Fall eintretender Geisteskrankheit der Mutter oder der Trennung der Ehe ausgeschlossen. Andererseits greift sie beim Tode der Frau nach dem Wortlaut des Gesetzes ausnahmslos Platz, also auch wenn für die Ehe der Eltern Gütertrennung gegolten hatte. Die Verpflichtung liegt daher auch stets der Mutter ob, wenn sie durch den Tod oder die Todeserklärung des Vaters in den Besitz der elterlichen Gewalt kommt, mag sie gleich schon vorher ihre Ausübung nach § 1685 erlangt haben[1]). Aber auch hier ist eine entsprechende Ausdehnung auf die sonstigen Fälle des Gewaltüberganges unzulässig. Bei fortgesetzter Gütergemeinschaft zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Kindern kann § 1640 weder dem Vater noch der Mutter gegenüber Anwendung finden, weil hier beide Gründe der Maßregel hinwegfallen. Die Erfüllung der Verbindlichkeit wird dadurch gesichert, daß der Standesbeamte, sobald bei ihm der Tod einer Person, die ein minderjähriges Kind hinterlassen hat, oder die Geburt eines ehelichen Kindes nach dem Tode des Vaters angezeigt wird, dem Vormundschaftsgerichte Mittheilung zu machen hat[2]). Dieses fordert dann den Vater zur Einreichung des Verzeichnisses auf und kann ihm, falls er dem Befehle nicht nachkommt, die Vermögensverwaltung entziehen (§ 1670). Eine gerichtliche oder notarielle Inventur ist nicht erforderlich, und bei Haushaltungsgegenständen genügt die Angabe des Gesammtwerthes. Das Verzeichniß muß aber mit der Versicherung der Richtigkeit und Vollständigkeit versehen sein. Ist es ungenügend, so kann das Vormundschaftsgericht anordnen, daß

[1]) Die Erlangung der Ausübung nach § 1685 allein genügt nicht, es muß außerdem der Vater gestorben sein. Damit aber geht nach § 1684 die Gewalt selbst auf die Mutter über, und die Mutter hat nun aus diesem Grunde das Verzeichniß aufzunehmen. Anders anscheinend Fraenkel S. 158 Anm. 5.

[2]) Freiw. Gerichtsb. § 48.

das Verzeichniß durch eine zuständige Behörde oder durch einen zuständigen Beamten oder Notar aufgenommen wird; auch hier dient als Zwangsmittel gegen Ungehorsam die Entziehung der Vermögensverwaltung (§ 1670). Die Mutter kann jedoch in Bezug auf das dem Kinde in Folge ihres Todes zufallende Vermögen derartige Anordnungen durch letztwillige Verfügung ausschließen. Nicht befugt ist sie hierzu in Bezug auf Vermögen, welches das Kind von anderer Seite erhalten hat, nicht einmal der Zuwendende vermag den Vater vor dem Eingreifen des Vormundschaftsgerichtes zu schützen. Und von der Verpflichtung, ein Vermögensverzeichniß aufzunehmen, kann er überhaupt nicht entbunden werden. Ihre völlige Nichterfüllung kann daher stets trotz einer entgegenstehenden Verfügung der Mutter durch Entziehung der Vermögensverwaltung geahndet werden. Und da ein ungenügendes Verzeichniß keinen Werth hat, so steht die Weigerung, es zu verbessern, der gänzlichen Pflichtverletzung gleich und zieht dieselbe Maßregel nach sich [1]).

Ferner ist vorgeschrieben, daß der Vater, wenn er eine neue Ehe eingehen will, dies vorher dem Vormundschaftsgerichte anzeigen und auf seine Kosten ein Verzeichniß des seiner Verwaltung unterliegenden Vermögens einreichen soll (§ 1669). Da ihn die gleiche Verpflichtung, wie eben dargelegt, schon in Folge des Todes der Mutter trifft, so ist die Bestimmung, abgesehen von dem Falle, daß die Ehe der Eltern durch Scheidung gelöst ist, an sich gegenstandslos und erhält erst Werth durch die weiteren mit ihr verbundenen Anordnungen. Denn hat er die Einreichung des Verzeichnisses früher unterlassen, so wird er sie schwerlich jetzt freiwillig nachholen oder auch nur die erforderliche Anzeige machen. Aber nach BGB. § 1314 darf, wer ein eheliches minderjähriges Kind hat, eine Ehe erst eingehen, nachdem ihm das Vormundschaftsgericht ein Zeugniß darüber ertheilt hat, daß er die im § 1669 bezeichneten Verpflichtungen erfüllt hat, oder daß sie ihm nicht obliegen. Ohne diese Bescheinigung darf der Standesbeamte die Eheschließung nicht vornehmen. Um sie zu ermöglichen, muß daher der Vater mindestens jetzt der gesetzlichen Vorschrift genügen. Besteht zwischen ihm und dem Kinde eine Vermögensgemeinschaft, — die meistens dadurch

[1]) Ueber Anwendung der Bestimmungen bei der Annahme an Kindesstatt vgl. oben § 5 II, 2 und IV.

herbeigeführt sein wird, daß der Vater zusammen mit den Kindern seine erste Frau beerbt hat, aber auch auf irgend eine andere Weise veranlaßt sein kann, — so hat er außerdem die Auseinandersetzung zu bewirken, wozu es natürlich der Bestellung eines Pflegers bedarf, da er nicht gleichzeitig sein eigenes Interesse und dasjenige der Kinder vertreten kann. Und auch hier besteht bis zur Beibringung des gerichtlichen Zeugnisses über die erfolgte Auseinandersetzung ein aufschiebendes Ehehinderniß. Das Vormundschaftsgericht kann jedoch gestatten, daß sie erst nach der Eheschließung erfolgt, sei es, daß dies im Interesse des Kindes liegt, sei es, daß sie sehr lange Zeit erfordert und es unbillig sein würde, den Vater bis zu ihrer Beendigung an der Eingehung der Ehe zu hindern. Selbstverständlich steht es dem Gerichte frei, seine Erlaubniß von der Vornahme gewisser Sicherungsmaßregeln abhängig zu machen oder die Fortsetzung der Gemeinschaft nur soweit zuzulassen, wie sie nach der Beschaffenheit der einzelnen in Betracht kommenden Vermögensstücke wünschenswerth ist. Nur wenn von dieser Befugniß Gebrauch gemacht ist, und der Vater sich den ihm auferlegten Verbindlichkeiten entzieht, wird die nach § 1670 anwendbare Abnahme der Vermögensverwaltung in Frage kommen, da im Uebrigen schon die Versagung der Eheschließung ein ausreichendes Zwangsmittel ist, es müßte denn dem Vater gelungen sein, trotz des gesetzlichen Hindernisses die Eingehung der Ehe zu erreichen.

X. Für die Forderungen des Kindes in Ansehung seines gesetzlich der Verwaltung des Vaters unterworfenen Vermögens gewährt ihm die KO. § 61 Nr. 5 ein Vorrecht in dessen Konkurse. Dieses bezieht sich, wie in der Rechtsprechung anerkannt ist[1]), nicht allein auf Forderungen, die gegen ihn aus dieser Verwaltung, in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Verwalter, erwachsen sind, sondern auch auf andere Forderungen, bei denen er Schuldner ist, die aber zu dem seiner Verwaltung unterworfenen Vermögen gehören.

XI. Macht der Vater bei seiner Verwaltung Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, so hat er Anspruch auf Ersatz (§ 1648). Er hat in dieser Beziehung also dieselben Rechte, wie ein Beauftragter[2]). Jedoch treten Ausnahmen ein, sofern die Aufwendungen ihm selbst mit Rücksicht auf die ihm

[1]) Reichsgericht 39 S. 70 ff. | [2]) BGB. § 670.

zustehende Nutznießung zufallen (vgl. § 12 II). Erstreckt sich sein Nießbrauch auf das gesammte Vermögen des Kindes, so macht der Vater seinen Ersatzanspruch regelmäßig erst nach dessen Beendigung geltend, weil er sonst zugleich sein Nutzungsrecht verringern würde. In allen übrigen Fällen unterscheidet er sich zwar nicht von einem fremden Gläubiger und dürfte deshalb sofort Befriedigung verlangen. Auch BGB. § 181 steht Dem nicht entgegen, weil es sich ausschließlich um die Erfüllung einer Verbindlichkeit handelt. Wird aber die Angemessenheit der Aufwendung hinterher vom Kinde bestritten, so wird damit auch die Gültigkeit der Zahlung nachträglich in Frage gestellt. Um sicher zu gehen, empfiehlt sich daher hier gleichfalls eine Hinausschiebung der Geltendmachung der Forderung oder die Erwirkung der Bestellung eines Pflegers.

XII. Die Uebertragung des Verwaltungsrechtes des Vaters auf einen Anderen muß als unzulässig angesehen werden, obwohl ihr nach gemeinem Rechte keine Bedenken entgegenstanden[1]) und sie im Gesetze nicht ausdrücklich untersagt ist. Aber der Ursprung der Vermögensverwaltung aus der alten eigennützigen patria potestas ist jetzt völlig beseitigt, und wenn sie auch in § 1638 als Recht und Pflicht bezeichnet wird, so überwiegt doch die letztere Seite bei Weitem. Der Vater mag sich, wenn er zeitweilig verhindert ist, eines Vertreters bedienen, aber er hat die Haftung für diesen zu übernehmen und darf sich nicht darauf berufen, daß ihn bei dessen Auswahl kein Verschulden treffe. Soweit sich ein Vormund bei der Vornahme *einzelner* Rechtshandlungen eines Vertreters bedienen darf, z. B. bei der Proceßführung, steht dies natürlich auch dem Vater frei.

XIII. Die bisher dargelegten Grundsätze können keine Anwendung finden, wenn beim Tode des Vaters oder der Mutter zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Kindern fortgesetzte Gütergemeinschaft eintritt. Zwar wäre die Annahme unberechtigt, daß ein besonderes Kindesvermögen gar nicht vorhanden wäre, weil nach § 1483 der Antheil des Verstorbenen am Gesammtgute nicht zum Nachlasse gehört und die eintretende Gemeinschaft ein Miteigenthum zur gesammten Hand ist. Aber die Verwaltungs- und Nutzungsrechte des Ueberlebenden stehen mit seiner elterlichen Gewalt in gar

[1]) Reichsgericht 10 S. 145 ff., insbesondere S. 154—55.

keinem inneren Zusammenhange, erhalten ihren näheren Inhalt allein aus § 1483 und endigen nach besonderen Grundsätzen, wie am Deutlichsten daraus erhellt, daß der überlebende Ehegatte die Gemeinschaft jederzeit aufheben kann und durch Wiederverheirathung seine Rechte verliert, daß jedoch, wenn noch minderjährige Kinder vorhanden sind, mit der Beendigung jener die Verwaltung kraft elterlicher Gewalt beginnt. Bis dahin aber sind beide nach ihrem Inhalte mit einander unvereinbar. Namentlich kann der Vater nicht neben seinen Rechten aus der Gütergemeinschaft die elterliche Nutznießung in Anspruch nehmen. Er hat also zu überlegen, was er vorzieht: die Hälfte von dem aus dem Gesammtgut sich ergebenden Ueberschuß (nach § 1476), der bei vielleicht lange dauernder Gemeinschaft sehr beträchtlich werden, sich aber durch Verluste auch in eine Vermögensschädigung verwandeln kann, oder die sicheren Einnahmen aus der Nutznießung des Kindesvermögens, die freilich mit der Volljährigkeit des Kindes ihr Ende erreichen.

XIV. Durch Verheirathung der Tochter wird das Verwaltungsrecht des Vaters grundsätzlich gar nicht, thatsächlich jedoch meistens in sehr erheblichem Maße beeinflußt. Denn, wie schon früher hervorgehoben ist[1]), gehen die Rechte des Ehemannes denen des Gewalthabers vor. Leben die Gatten also nach dem gesetzlichen Güterrechte oder in Gütergemeinschaft, so gebührt dem Manne die Verwaltung des Frauengutes (außer dem Vorbehaltsgut) kraft seiner besonderen Rechtsstellung, neben der die Befugnisse des Vaters nicht mehr in Betracht kommen. Ist dagegen Gütertrennung vereinbart, so verwaltet die Frau an sich ihr Vermögen selber. Steht sie aber unter elterlicher Gewalt, so tritt in dieser Beziehung der Vater als gesetzlicher Vertreter für sie ein. Dasselbe gilt für etwaiges Vorbehaltsgut der Tochter. Wird nachträglich für eine schon bestehende Ehe Gütertrennung durch Vertrag oder kraft Gesetzes[2]) angeordnet, so muß gleichfalls die elterliche Gewalt wieder ihren ursprünglichen Umfang in Bezug auf die Vermögensverwaltung annehmen. Denn im Gesetze ist nicht ausgesprochen, daß dieses Recht durch die Verheirathung der Tochter beendigt werde, vielmehr ergiebt sich dies nur aus der oben angedeuteten allgemeinen Erwägung und aus dem

[1]) Vgl. § 9 I, § 10 V.

[2]) BGB. §§ 1418—20, 1470, 1545, 1549.

Umstande, daß die Befugnisse des Mannes über das Vermögen seiner Frau nicht von deren Volljährigkeit abhängig gemacht sind.

Die Vereinbarung der Gütertrennung für das Vermögen der Tochter fällt in den Bereich der Sorge für ihre Person, da es sich dabei nicht nur um einen einzelnen Ausfluß der Vermögensverwaltung handelt, sondern um die ganze Stellung der Ehegatten zu einander. Bei Minderjährigkeit der Frau hat also der Vater den Vertrag für sie abzuschließen. Dies wird auch nicht durch BGB. § 1434, wonach Eheverträge bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Theile vor Gericht oder vor einem Notar geschlossen werden müssen, unmöglich gemacht, wie sich aus der Vergleichung mit § 1750 ergiebt, wo sich die beiden Bestimmungen, daß der Adoptionsvertrag in der eben angegebenen Weise geschlossen werden soll, und daß er nicht durch einen Vertreter geschlossen werden kann, nebeneinander finden. Also ist in ersterer nicht auch die letztere enthalten. Auch muß der Ehevertrag, wenn er, wie gewöhnlich, vor Eingehung der Ehe beredet wird, doch gewiß durch den Vater vereinbart werden, weil die beschränkte Geschäftsfähigkeit der Tochter nirgends im Gesetz in dieser Angelegenheit für einflußlos erklärt ist, wie z. B. in den §§ 1595, 1729, 1748 für andere Angelegenheiten geschehen ist. Warum sich dies bei einem während der Ehe abgeschlossenen Vertrage anders verhalten sollte, ist nicht einzusehen.

§ 12.

b) Die Nutznießung.

Auf die Nutznießung des Vaters an dem Kindesvermögen dürfen die für den gewöhnlichen Nießbrauch geltenden Grundsätze nicht ohne Weiteres übertragen werden, da das Gesetz keine hierzu ermächtigende Vorschrift enthält und seine Entstehungsgeschichte beweist, daß man das Gegentheil beabsichtigte[1]). Allerdings sind die wenigen in ihm enthaltenen Bestimmungen nicht ausreichend zur Lösung aller Zweifel über den Umfang der Befugnisse des Vaters, und diese Lücken lassen

[1]) Entw. I § 1520, der bestimmte: „Auf die elterliche Nutznießung finden die Vorschriften über den Nießbrauch Anwendung, soweit nicht aus dem Gesetze ein Anderes sich ergiebt," ist von der 2. Commission gestrichen worden, weil man die generelle Anwendbarkeit jener Vorschriften nicht wollte, vgl. Protokolle IV S. 575.

sich nur durch ein Zurückgehen auf allgemeine Grundsätze ausfüllen. Solche aber können nur aus dem Begriffe der Nutznießung oder dem damit zusammenfallenden des Nießbrauches entnommen werden. Bei der Uebertragung von Einzelbestimmungen des BGB. §§ 1030 ff. ist jedoch immer noch erst zu untersuchen, ob es sich bei ihnen um einfache Folgerungen aus dem Begriffe des Nießbrauches oder um positive Festsetzungen handelt, sowie ferner, ob nicht die engen Beziehungen zwischen Vater und Kind Eigenthümlichkeiten mitsichbringen, die eine abweichende Regelung erheischen.

I. 1. Unzweifelhaft besteht die Nutznießung wie der Nießbrauch in dem Recht des Gebrauches und der Fruchtziehung an allen Vermögensstücken des Kindes[1]). Auch solche Rechte sind hiervon nicht ausgeschlossen, die für sich allein nicht übertragbar sind. Ist z. B. das Kind, etwa durch Erbgang, in ein Miethsverhältniß als Miether eingetreten, so kann der Vater den Gebrauch der gemietheten Sache beanspruchen, obwohl eine Untermiethe nur beschränkt zulässig ist[2]). Die Frage, ob er bei Ausübung seiner Befugnisse die bisherige wirthschaftliche Bestimmung der Sache aufrechtzuerhalten hat und keine Umgestaltungen oder wesentlichen Aenderungen an ihr vornehmen darf, wie beim Nießbrauch angeordnet ist[3]), muß verneint oder bejaht werden, je nachdem man in dieser Schranke der Befugnisse des Berechtigten einen Ausfluß des Wesens des Nießbrauches erblickt oder nicht. Die Motive scheinen von der ersteren Auffassung auszugehen, wenn sie sagen[4]), bei Einwirkungen, welche eine Veränderung der Sache herbeiführen, setze die Erhaltungspflicht des Nießbrauchers eine Grenze. Für den eigentlichen Nießbrauch mag dies in gewissem Umfange zuzugeben sein. Allerdings läßt es sich nicht damit begründen, daß der Nießbraucher sein Recht nur „salva substantia" ausüben darf. Denn vernichtet oder beschädigt wird die Sache durch eine Umgestaltung oder wesentliche Aenderung nicht. Aber da der Nießbrauch meistens durch Rechtsgeschäft geschaffen wird, so liegt es nahe, die Bedingung „salva rei substantia" in möglichst weitem

[1]) Der Nießbraucher ist nach BGB. § 1030 berechtigt, die Nutzungen der Sache zu ziehen, nach § 100 aber gehören zu ihnen auch die Vortheile, die der Gebrauch der Sache oder des Rechts gewährt. Auf den gefundenen Schatz hat er keinen Anspruch, vgl. § 1040.

[2]) Vgl. BGB. § 549.

[3]) BGB. §§ 1036 Abs. 2, 1037 Abs. 1.

[4]) Haidlen II S. 258.

Sinne zu verstehen. Der Besteller will seine Sache nicht nur unversehrt wieder haben, sondern auch nicht wider seinen Willen zu einer anderen Art ihrer Benutzung als früher gezwungen sein oder erst noch Kosten aufwenden müssen, um den alten Zustand wieder herzustellen. Erscheint auch ihm eine Umgestaltung wirthschaftlich gerechtfertigt, so wird er auch bereit sein, deren Vornahme durch den Nießbraucher zu genehmigen. Bei der Nutznießung des Vaters ist aber Niemand vorhanden, der diese Erlaubniß geben könnte. Hätte das Gesetz sie für nothwendig gehalten, so wäre hier wohl irgend ein Ausweg eröffnet, z. B. dem Vormundschaftsgerichte die Befugniß zu ihrer Ertheilung gewährt. Die gegentheilige Ansicht stellt daher den Vater in dieser Beziehung schlechter als einen gewöhnlichen Nießbraucher, während sonst seine Befugnisse im Vergleich mit diesem erweitert sind. Außerdem sind die sonstigen den Nießbrauch betreffenden Bestimmungen, die bei der elterlichen Nutznießung entsprechend angewendet werden sollen, entweder ausdrücklich bezeichnet oder in selbständiger Gestalt wiederholt, Beides aber ist in Bezug auf §§ 1036, 1037 unterlassen. Endlich kommt in Betracht, daß nach bisherigem Rechte der Vater bei seiner Nutzung eine freiere Stellung hatte. Aus den angeführten Gründen darf angenommen werden, daß ihm diese auch nach BGB. gebührt [2]). Nur wenn durch die vorgenommene Umgestaltung das Vermögen des Kindes geschädigt wird, macht er sich ersatzpflichtig, und das Vormundschaftsgericht wäre unter Umständen befugt, auf Grund des § 1667 einzuschreiten.

2. Gehört zum Kindesvermögen ein landwirthschaftliches Grundstück und endigt die elterliche Nutznießung im Laufe eines Nutzungs-

---

[1]) § 1652 kommt nicht in Betracht, da er sich nur auf die Weise und den Umfang des Erwerbes der Nutzungen bezieht. Bei unserer Frage handelt es sich aber weder um die Weise ihres Erwerbes, noch um ihren Umfang. Wollte man das Gegentheil annehmen, so müßte der Vater auch gemäß § 1036 Abs. 2 nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft verfahren. Dies auszusprechen hat man bei der Gestaltung der Nutznießung des Mannes am Frauengut abgelehnt (Protokolle IV S. 175). Die Nutznießung des Vaters ist aber derjenigen des Ehemannes nachgebildet, wie namentlich aus §§ 1654, 1668 hervorgeht. Die Verpflichtung zur ordnungsmäßigen Wirthschaftsführung würde auch mit der Beschränkung seiner Haftung auf diligentia quam in suis unverträglich sein.

[2]) Anders v. Buchka, Vergleichende Darstellung des BGB. und des Gemeinen Rechts S. 335.

jahres (von dem Beginne der Nutzung an gerechnet)[1]), so hat zwar der Vater keinen Anspruch auf die noch nicht getrennten Früchte, kann aber von dem Kinde Ersatz der auf sie verwendeten Kosten verlangen, soweit die Früchte nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft noch im Laufe des Nutzungsjahres zu trennen sind und die Kosten einer ordnungsmäßigen Wirthschaft entsprechen, auch den Werth der Früchte nicht übersteigen (§ 1663 i. V. m. § 592). Hierunter kann natürlich nicht ihr augenblicklicher Werth verstanden werden, ebensowenig aber ihr muthmaßlicher zur Zeit der Ernte nach ihrem jetzigen Stande veranschlagt, sondern nur der Werth, den die wirklich geernteten Früchte demnächst haben. Vater und Kind theilen also die Gefahr bis zur Reife, wie es auch billig ist, da der Vater bei Fortdauer seiner Nutznießung von denselben Zufällen betroffen sein würde. Ist das Grundstück ein Landgut, d. h. zum selbständigen Betriebe der Landwirtschaft eingerichtet[2]), so trifft den Vater, unbeschadet des eben besprochenen Rechtes, die Pflicht, von den bei Beendigung seiner Nutznießung vorhandenen Erzeugnissen ohne Rücksicht darauf, ob er bei ihrem Beginne solche Erzeugnisse übernommen hat, soviel zurückzulassen, als zur Fortführung der Wirthschaft bis zu der Zeit erforderlich ist, zu welcher gleiche oder ähnliche Erzeugnisse voraussichtlich gewonnen werden. Doch kann er Ersatz für sie verlangen, soweit er sie in größerer Menge oder besserer Beschaffenheit zurückläßt, als er übernommen hatte. Für den vorhandenen auf dem Gute gewonnenen Dünger erhält er keinen Ersatz, obwohl er auch ihn zurücklassen muß (§ 1633 i. V. m. § 593)[3]). Früchte, die er bereits mit dem Grundstücke übernommen hat, gehören zum Kindesvermögen und sind deshalb (da sie wohl ausnahmslos verbrauchbare Sachen sind, gemäß § 1653 allerdings nur ihrem Werthe nach) bei Beendigung der elterlichen Nutznießung mitherauszugeben.

---

[1]) Diese Zeit entspricht dem Pachtjahr des § 592, das vom Tage des Beginnes des Pachtverhältnisses bis zum entsprechenden Tage des nächsten Kalenderjahres läuft, vgl. §§ 584, 592. Man denke auch an das für die Vertheilung der Früchte maßgebende römische Dotaljahr.

[2]) Planck I Erl. 3 zu § 98.

[3]) Hat er es unterlassen, die entsprechenden Früchte zu ziehen, so haftet er nach Maßgabe des § 1664 auf Schadensersatz, ebenso für eine verschuldete Minderwerthigkeit derselben.

3. Der Erwerb der Nutzungen durch den Vater findet in derselben Weise und in demselben Umfange statt, wie beim Nießbraucher (§ 1652). Hiernach fällt ihm das Eigenthum an den Früchten körperlicher Sachen mit ihrer Trennung zu [1]). Zu ihnen gehören nicht nur die Erzeugnisse der Sache, sondern auch die sonstige Ausbeute, die aus ihr bestimmungsgemäß gewonnen wird [2]). Bei einem Grundstücke erstreckt sich sein Recht auch auf das Zubehör [3]). Der Nießbraucher erwirbt allerdings den Nießbrauch an dem Zubehör nach den für den Erwerb des Eigenthums geltenden Grundsätzen [4]), d. h. bei rechtsgeschäftlicher Bestellung nur auf Grund des übereinstimmenden Willens der Betheiligten. Bei der elterlichen Nutznießung aber kann es hierauf nicht ankommen, weil sie das ganze Kindesvermögen ergreift, soweit nicht gesetzliche Ausnahmen bestehen; in Betreff des Zubehörs giebt es aber keine besonderen derartigen Bestimmungen. Gehört zum Kindesvermögen ein Recht auf Gewinnung von Bodenbestandtheilen, so erwirbt der Vater auch diese mit der Trennung [5]). Bei anderen Rechten darf er sich die Erträge aneignen, die sie vermöge eines Rechtsverhältnisses gewähren, sowie die Vortheile ihres Gebrauches [6]). Der Eigenthumserwerb an den Früchten findet auch dann statt, wenn der Vater sie den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft zuwider oder in Folge eines besonderen Ereignisses im Uebermaße zieht, z. B. bei starkem Windbruch in einem Walde nach einem heftigen Sturm [7]). Gleichgültig ist hierbei, ob die Ordnungswidrigkeit in übermäßiger Bestellung und dadurch erzielter vermehrter Fruchtziehung, z. B. in Benutzung eines Ackerstückes, das nach der üblichen Wirthschaftsart in diesem Jahre brach liegen müßte, ohne Ausgleichung durch verstärkte Düngung, oder in dem Raubbau von Erzeugnissen besteht, welche die Muttersache von selbst hervorbringt, welche aber jährlich nur in gewissem Maße entnommen werden dürfen, z. B. bei Gewinnung von Ziegelerde oder Torf, oder durch eine die forstmäßigen Grenzen überschreitende Abholzung eines Waldes. In allen diesen Fällen ist aber der Vater

---

[1]) BGB. § 954.
[2]) BGB. § 99.
[3]) Ueber den Begriff vgl. BGB. § 97.
[4]) BGB. § 1031.
[5]) BGB. §§ 954, 99 Abs. 2.
[6]) BGB. §§ 1068, 1030 i. V. m. §§ 99 Abs. 3, 100, Leibrenten und dergl. § 1073. Forderungen einschließlich Grundschulden und Rentenschulden §§ 1074—80, Inhaber- und Ordrepapiere §§ 1081—84, vgl. aber unten 5.
[7]) BGB. § 1039.

verpflichtet, bei Beendigung seiner Nutznießung den Werth der zu viel gezogenen Früchte zu ersetzen [1]). Jedoch fällt diese Verbindlichkeit hinweg, soweit durch die ordnungswidrige oder übermäßige Fruchtgewinnung die dem Vater gebührenden Nutzungen beeinträchtigt werden. Wenn nämlich die Nutznießung noch eine längere Zeit dauert, so hätte er die fraglichen Früchte in späteren Jahren doch ganz oder theilweise ziehen dürfen. Insoweit als dies nach der Sachlage hätte geschehen können, ist das Kind nicht geschädigt, wenn nicht etwa die fruchttragende Sache selbst dauernd in ihrer Ertragsfähigkeit beeinträchtigt ist. Zu beachten ist übrigens, daß für die Ersatzpflicht rücksichtlich der Früchte nicht die Vernachlässigung derjenigen Sorgfalt entscheidet, die der Vater in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, sondern der Standpunkt eines guten Hauswirthes. Denn es handelt sich hier eigentlich nur um Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung. Er soll von seinem unwirthschaftlichen Verfahren keinen Vortheil haben, keineswegs aber einen nach den gewöhnlichen Grundsätzen zu bemessenden Schadensersatz wegen einer schuldvollen Handlung leisten, wie sich eben darin zeigt, daß er nur den Werth der Früchte zu erhalten hat. Anders dagegen, soweit eine dauernde Schädigung an der Ertragsfähigkeit vorliegt.

4. Verbrauchbare Sachen [2]) darf der Vater für sich veräußern oder verbrauchen, Geld jedoch nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes (§ 1653, vgl. oben § 11 II). Bei Beendigung der Nutznießung hat er den Werth der Sachen zu ersetzen, und der Ersatz ist sogar schon vorher zu leisten [3]), falls die ordnungsmäßige Verwaltung des Vermögens es erfordert, z. B. wenn Schulden zu be-

[1]) Die in § 1039 angeordnete Sicherheitsleistung liegt dem Vater nicht ob, weil sie nicht zu der Art oder dem Umfang der Nutzungen gehört, vgl. Haidlen III S. 127 bei § 1383 (der für den ehemännlichen Nießbrauch dieselbe Bestimmung enthält wie § 1652 für den elterlichen). Aus demselben Grunde bedarf es bei der Nutznießung an einem Walde nicht der Aufstellung eines Wirtschaftsplanes (vgl. BGB. § 1038).

[2]) Verbrauchbar sind nach BGB. § 92 bewegliche Sachen, deren bestimmungsgemäßer Gebrauch in dem Verbrauch oder in der Veräußerung besteht, insbesondere auch Sachen, die zu einem Waarenlager oder zu einem sonstigen Sachbegriffe gehören, deren bestimmungsgemäßer Gebrauch in der Veräußerung der einzelnen Sachen besteht.

[3]) Vgl. unten III und § 13.

zahlen sind, die sonst nur aus dem Stamm des Vermögens gedeckt werden könnten. Gehört also zu dem Kindesvermögen ein Grundstück sammt Inventar, so darf der Vater über die einzelnen Stücke insoweit verfügen, als sie nach den Grundsätzen einer ordnungsmäßigen Wirthschaft zum Verbrauche oder zur Veräußerung bestimmt sind. Aber auch hier wird es vielfach geboten sein, für die ausscheidenden Stücke alsbald Ersatz zu beschaffen. Dagegen darf nicht aus § 1652 geschlossen werden, daß dies stets geschehen müsse, obwohl er den Grundsatz mit enthält, daß der Vater nur in demselben Umfange, wie ein Nießbraucher, die Nutzungen erwerbe, also in dem eben bezeichneten Falle mit der Verpflichtung, für die ausscheidenden Stücke neue einzustellen. Denn für verbrauchbare Sachen enthält § 1653 eine Sonderbestimmung, sie darf er durch Verbrauch oder Veräußerung dem Werthe nach in sein Vermögen bringen bis zur Beendigung seiner Nutznießung. Es wird also nicht § 1653 durch § 1652 eingeschränkt, sondern umgekehrt in § 1653 das Recht des Vaters gegenüber der Regel des § 1652 erweitert. Für solche Sachen, die durch längeren Gebrauch oder durch Zufälle, wie sie in jedem landwirthschaftlichem Betriebe mit einer gewissen Regelmäßigkeit vorkommen, werthlos geworden oder untergegangen sind, hat hiernach der Vater allerdings sofort neue Stücke einzustellen (§ 1652 i. V. m. § 1048), z. B. für Pferde, die wegen Alter arbeitsunfähig geworden sind, für zerbrochene Wagen, Pflüge u. dgl. Dagegen für die zum lebenden Inventar gehörenden Gegenstände, die bestimmt sind, veräußert oder verzehrt zu werden, wie Schlachtvieh und Zuchtvieh, besteht nicht die gleiche Verbindlichkeit; sie darf er in Geld umsetzen und ihren Werth erst bei Beendigung seiner Nutznießung erstatten. Dadurch erhält der Vater die Befugniß zu weitgehenderer Bestimmung über den Umfang des Inventars und über die Art der Wirthschaftsführung als ein gewöhnlicher Nießbraucher. Auch hier tritt wieder die freie Stellung des Vaters hervor. Zugleich ist darauf hinzuweisen, daß sich aus der von der 2. Commission vorgenommenen Ablehnung der allgemeinen Verweisung auf die Grundsätze des Nießbrauches (s. oben S. 192 Anm.) ergiebt, daß der im § 1048 beim Nießbrauch angeordnete gesetzliche Eigenthumsübergang bei der elterlichen Nutznießung nicht stattfindet. § 1652 kommt hier nicht in Betracht, da man jenen Eigenthumsübergang so wenig als eine Schranke der Nutznießung auffassen kann, wie etwa die in

§ 1038 angeordnete Sicherheitsleistung. Andererseits wird der Vater nicht ohne Weiteres Eigenthümer der verbrauchbaren Sachen, die sich im Kindesvermögen befinden. Solange er von der nach § 1653 ihm zustehenden Befugniß keinen Gebrauch macht, bleibt das Kind Eigenthümer und kann z. B. im Konkurs des Vaters ein Aussonderungsrecht geltend machen.

5. Entw. I § 1526 schloß ausdrücklich die Anwendbarkeit seiner §§ 1028—36 (= BGB. § 1074—1083) auf die elterliche Nutznießung aus. Die 2. Commission strich diese Bestimmung, aber nur, weil sie sie nach der Beseitigung des jene Nutznießung dem Nießbrauche im Allgemeinen gleichstellenden § 1520 für überflüssig hielt[1]). Inhaltlich bildet der dort ausgesprochene Grundsatz, daß die elterliche Nutznießung in Ansehung von Forderungen, Actien auf Inhaber, Grundschulden und Eigenthumshypotheken nur ein Recht auf den Bezug der Früchte begründet, geltendes Recht. Allein kraft seines Verwaltungsrechtes darf doch der Vater sie einziehen oder veräußern und, wenn sie auf diese Weise in Geld umgesetzt sind, dieses für sich verbrauchen, freilich nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes, während ohne sie das Capital nach § 1642 wieder verzinslich angelegt werden muß.

6. Gehört zum Kindesvermögen ein Erwerbsgeschäft, so bieten sich für den Vater drei Möglichkeiten dar. Zunächst kann er das Geschäft im Namen des Kindes betreiben und erhält dann den Reingewinn der einzelnen Jahre[2])[3]). Ergiebt sich in einem Jahre ein Verlust, so verbleibt der Gewinn späterer Jahre dem Kinde bis zur Ausgleichung des Verlustes (§ 1655). Dagegen braucht der Vater den Gewinn früherer Jahre nicht herauszugeben, wenn später Verluste eintreten, die den Stamm des Kindesvermögens verringern. Daß den Geschäftsgläubigern in diesem Falle allein das Kind haftet, versteht sich von selbst. Oder er übernimmt das Geschäft in eigenem Namen und für eigene Rechnung. Da hierin eine Veräußerung des

[1]) Protokolle IV S. 578.

[2]) Ausgeschlossen ist daneben der Verbrauch oder die Veräußerung einzelner Waaren als verbrauchbarer Gegenstände, da nicht zwei verschiedene Arten der Nutznießung nebeneinander zulässig sind.

[3]) Der Anspruch des Vaters auf jährlichen Reingewinn ist nicht übertragbar (§ 1658 Abs. 2). Daher unterliegt seine Pfändung in der Zwangsvollstreckung denselben Beschränkungen wie die Pfändung der elterlichen Nutznießung im Ganzen, vgl. unten IV.

Geschäftes liegt, bedarf es des Abschlusses eines entsprechenden Vertrages mit dem Kinde, also da der Vater nach BGB. § 181 hier nicht selber das Kind zu vertreten befugt ist, der Zuziehung eines Pflegers und außerdem der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes [1]). Oder endlich, er übernimmt die sämmtlichen Waren als verbrauchbare Sachen auf Grund des § 1653 und betreibt mit ihnen das Geschäft unter eigenem Namen. Thatsächlich unterscheidet sich diese Gestaltung kaum von der zweiten, und es liegt deshalb die Annahme nahe, daß wegen Gleichheit des Grundes auch hier die Genehmigung des Gerichtes erforderlich sei. Allein sie ist meines Erachtens unbegründet. § 1822 Nr. 3 spricht von einem Vertrage, der auf die Veräußerung eines Erwerbsgeschäftes gerichtet ist, und trifft demnach nicht die einfache Aufgabe des Geschäftes ohne Uebertragung auf einen Anderen [2]). Ist aber der Vater hierzu ohne die Zustimmung der Behörde befugt, so darf er auch den Handelsbetrieb einstellen und zugleich die Waaren für sich verwenden. Sein eigenes Geschäft betreibt er dann allerdings zunächst mit einem ihm nicht gehörenden Lager, denn das Kind bleibt bis zur Veräußerung der einzelnen Stücke deren Eigenthümer. Bei Uebernahme des ganzen Geschäftes geht dagegen das Eigenthum sofort auf den Vater über. Auch ist das dritte Verfahren nur auf die Waaren anwendbar, nicht auch auf die Ladeneinrichtung, Handwerkzeug u. dergl., weil sie keine verbrauchbaren Sachen sind, und ist aus diesem Grunde bei manchen Erwerbsgeschäften gar nicht zu verwenden. Endlich kann er nur im zweiten Falle die Firma mit übernehmen. Demnach ist allein der erste Weg für den Vater stets gangbar und ausschließlich von seinem Willen abhängig. Außerdem kann in der Auflösung des dem Kinde gehörenden Geschäftes ein Verschulden liegen, das den Vater diesem gegenüber haftbar macht.

Will der Vater ein dem Kinde gehörendes Capital durch Betheiligung an einer Erwerbsgesellschaft nutzbarmachen, so kann er entweder ihr in eigenem Namen beitreten, indem er das Geld für sich verbraucht, oder den Gesellschaftsvertrag Namens des Kindes schließen. Zu Beidem ist die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes einzuholen, einmal nach § 1653, das andere Mal nach

[1]) BGB. §§ 1643, 1822 Abs. 3.

[2]) Fischer-Henle Anm. 8 zu § 1822 und Anm. 3 zu § 1645.

§§ 1643. 1822 Nr. 3. Im ersten Falle hat er dafür zu sorgen, daß er bei Beendigung seiner Nutznießung in der Lage ist, das Capital zurückzuzahlen. Im zweiten Falle wird das Gesellschaftsverhältniß durch die Beendigung der Gewalt nicht berührt. Sind nach dem Vertrage auch Arbeiten zu leisten, so bilden diese eine Verpflichtung des Kindes, und der Vater müßte es kraft seiner elterlichen Gewalt zur Erfüllung anhalten. Denkbar wäre aber auch, daß der Vater es übernähme, an Stelle des Kindes die Arbeiten zu verrichten, bis dieses selbst dazu fähig ist. Dann läge ein eigenthümlicher zusammengesetzter Vertrag vor; der Vater wäre aber nicht Gesellschafter.

II. 1. Der Vater hat die Lasten des seiner Nutznießung unterliegenden Vermögens nach den für den Güterstand der Verwaltung und Nutznießung geltenden Vorschriften zu tragen (§ 1654). Ihm fällt demnach, abgesehen von den durch die Gewinnung der Früchte entstehenden Kosten, die ihm natürlich obliegen, die Bestreitung der Kosten zu, welche die Erhaltung der zum Kindesvermögen gehörenden Gegenstände mit sich bringt (vgl. BGB. § 1384). Zu ihnen sind diejenigen einer Ausbesserung oder Erneuerung nur insoweit zu rechnen, als diese zu der gewöhnlichen Unterhaltung der Sache gehören. Die sonstige Sorge für die Erhaltung der Sache in ihrem wirthschaftlichen Bestande, namentlich die Abwendung schädigender Ereignisse, hat der Vater dagegen unbedingt zu übernehmen (vgl. §§ 1384, 1041), z. B. nach Umständen die Anstellung und Bezahlung eines Wächters. Wie im bisherigen Rechte hat man zwischen laufenden Reparaturen, d. h. die im Laufe der Dinge regelmäßig in kürzeren Perioden wiederkehrenden[1]) und Hauptreparaturen zu unterscheiden. Zu den Hauptreparaturen zählt das Gesetz (vgl. BGB. § 1042) zunächst die Erneuerung oder Ausbesserung von Sachen, die durch Dritte zerstört oder beschädigt werden, falls nicht ein derartiges Vorkommniß zu den gewöhnlich eintretenden gehört. Unter der letzteren Voraussetzung hat der Vater aus eigenen Mitteln Ersatz zu beschaffen, z. B. bei Beschädigungen durch Unachtsamkeit der Dienstboten. Sonstige Zerstörungen und Beschädigungen gehen zu Lasten des Kindes. Ferner liegen dem Kindesvermögen alle außergewöhnlichen Ausbesserungen und Erneuerungen ob (vgl. BGB. §§ 1041. 1043). Bei der Abgrenzung dieser Gruppe von der vorigen kommt

[1]) Haiblen III S. 263.

auch die Höhe der erwachsenden Kosten, wenngleich nur nebensächlich in Betracht, ebenso aber ihre Ursache, die nicht in der Vernachlässigung der gewöhnlichen Reparaturpflicht durch den Vater liegen darf. Endlich führt das Gesetz (§ 1042) noch Vorkehrungen zum Schutze von Sachen gegen eine nicht vorhergesehene Gefahr an. Dabei kann etwa an Maßregeln zur Abwehr einer Ueberschwemmung gedacht werden, falls es sich nicht um ein Grundstück handelt, das an einem in jedem Jahre übertretenden Flusse liegt. Wie man sieht, ist die Einreihung einer einzelnen Ausbesserung oder Wiederherstellung unter die laufenden und die Hauptreparaturen von den begleitenden Umständen abhängig und läßt der verständigen Beurtheilung des Richters einen ziemlich weiten Spielraum. Nur die leitenden Gesichtspunkte vermag man anzugeben, eine feste Abgrenzung der beiden Arten nach gewissen äußerlichen Merkmalen ist dagegen unmöglich.

Die zur Erfüllung dieser Verpflichtungen erforderlichen Rechtsgeschäfte darf der Vater nicht im Namen des Kindes abschließen und dieses dadurch persönlich verpflichten. Bei den weiteren ihm obliegenden Lasten dagegen ist das Kind an sich persönlicher Schuldner und der Vater hat nur an seiner Stelle die Verbindlichkeit zu erfüllen, freilich mit seinen eigenen Mitteln. Der Unterschied zeigt sich darin praktisch, daß arglistiges Zuwiderhandeln im ersten Falle das Rechtsgeschäft ungültig macht — vgl. oben § 11 VI Anm. 5 —, während die Nichterfüllung der weiteren Verbindlichkeiten für den Vater nur eine Schadensersatzpflicht gegen das Kind erzeugt.

2. Auf Grund entsprechender Anwendung des BGB. § 1385 hat der Vater weiter die öffentlichen und die auf dem Kindesvermögen ruhenden privatrechtlichen Lasten, sowie die Zahlungen für die Versicherungen der zu ihm gehörenden Gegenstände aus seinem Vermögen zu bestreiten. Als privatrechtliche Lasten kommen hauptsächlich Reallasten in Betracht; soweit sie von Grundstücken zu entrichten sind, die Bestandtheile des der elterlichen Nutznießung unterliegenden Vermögens bilden, hat sie der Vater zu leisten, während die mit Sachen des freien Kindesvermögens verbundenen von diesem zu tragen sind. Bei den öffentlichen Lasten ist ein derartiger Unterschied nur zu machen rücksichtlich der Steuern und Abgaben, die auf einzelnen Gegenständen ruhen, z. B. Grundsteuern, Gewerbeabgaben. Sämmtliche Personalsteuern dagegen und andere die Person treffende Lasten[1]), deren

[1]) Protokolle IV S. 178, 192.

Schuldner das Kind ist, muß der Vater bezahlen, ohne daß das Gesetz auf eine Vergrößerung ihres Betrages durch das Vorhandensein freien Vermögens, wie namentlich bei einer Einkommensteuer, Rücksicht nimmt. Das kann zu einer Unbilligkeit für den Vater führen und ihn veranlassen, auf seine Nutznießung ganz zu verzichten, um der drückenden Last ledig zu werden, z. B. wenn der Gewaltuntergebene ein geringes Capital von seiner Mutter geerbt, dagegen eine erhebliche Summe von einem Verwandten unter Ausschluß der elterlichen Nutznießung zugewendet erhalten hat. Ausgenommen sind nur die außerordentlichen Lasten, die als auf den Stammwerth des Kindesvermögens gelegt anzusehen sind, so meistens Erbschaftssteuern. Es genügt nicht, daß es sich um eine ungewöhnliche, nicht regelmäßig wiederkehrende Leistung handelt, z. B. die Einquartierung, sondern sie muß auch so beschaffen sein, daß sie selbst bei ordnungsmäßiger Wirthschaft nicht aus den Einkünften bestritten zu werden pflegt. Dabei kann ihre Größe entscheidend ins Gewicht fallen, während andererseits auch der Betrag der Nutzungen des Kindesvermögens in Betracht zu ziehen ist. Hiernach werden z. B. Beiträge zu Chausseebauten, zur Anlage von Deichen u. dergl. bald dem Gewalthaber, bald dem Kinde zur Last fallen. Die Zahlung von Versicherungsbeiträgen endlich liegt dem Vater ob, mag die Versicherung nach wirthschaftlichen Grundsätzen geboten gewesen sein[1]) oder nicht, und mag sie von ihm selber oder schon von dem Rechtsvorgänger eingegangen sein. Denn sichert er den Vermögensstamm in einer nicht durch die Ueblichkeit geforderten Weise gegen Verluste, so beruht die dadurch herbeigeführte Vergrößerung seiner Lasten auf seinem eigenen Willen. Und ist der Versicherungsvertrag schon von dem Rechtsvorgänger abgeschlossen, so wäre es unbillig gegen das Kind, die daraus entstehenden Verpflichtungen ihm allein aufzubürden, da doch im Falle eines wirklich eintretenden Schadens auch der Vater aus dem Vertrage Nutzen zieht. Auch kann das Vermögen als mit dieser Verbindlichkeit belastet und durch sie verringert auf das Kind übergegangen aufgefaßt werden[2]). Die Eingehung einer Versicherung gegen den Willen des Vaters kann nur stattfinden, wenn ihm die

[1]) Insoweit muß der Vater sogar kraft seiner Verpflichtung zur Sorge für das Vermögen versichern, vgl. oben S. 169.

[2]) Daß dieses Ergebniß den Absichten der Commission entspricht, dürfte sich aus ihren Verhandlungen ergeben, vgl. a. a. O. S. 178.

Verwaltung des seiner Nutznießung unterliegenden Vermögens nicht zusteht. Alsdann braucht er sich trotz des allgemeinen Wortlautes des § 1385 den Abzug der Versicherungsbeiträge nicht gefallen zu lassen, wenn der Vertrag nicht nach ordnungsmäßiger Verwaltung erforderlich war. Denn auch der Ehemann hat sie nicht zu tragen, wenn die Frau ohne seine Zustimmung Versicherung nimmt[1]).

3. Ueber die Haftung des Vaters für Zinsen und ähnliche Leistungen entscheidet BGB. § 1386 in entsprechender Anwendung. Hier ist bestimmt, daß der Mann der Frau gegenüber verpflichtet ist, derartige Lasten für die Dauer der Verwaltung und Nutznießung zu tragen, wenn die Berichtigung der Hauptschuld aus dem eingebrachten Gute verlangt werden darf und nicht die Schuld im Verhältnisse der Ehegatten zu einander dem Vorbehaltsgute der Frau zur Last fällt[2]). Bei dem Kindesvermögen besteht eine ähnliche Unterscheidung zwischen solchem Vermögen, das der elterlichen Nutznießung unterliegt, und solchem, auf das sich die Nutznießung nicht erstreckt (vgl. § 13). Auf die Rechte der Gläubiger übt sie nicht, wie bei der Ehe die Verschiedenheit von eingebrachtem Gut und Vorbehaltsgut, einen Einfluß aus[3]); daher ist auch die erste Voraussetzung für die Haftung des Vaters, daß die Berichtigung der Schuld aus dem Kindesvermögen verlangt werden kann, regelmäßig gegeben. Aber sie ist nach innen im Verhältniß des Vaters zum Kinde vom Gesetze (§ 1660) anerkannt, und zwar entscheidet hier wiederum die Analogie des Güterstandes der Verwaltung (§§ 1415, 1416 Abs. 1). Hiernach fallen unter Ausschluß der Haftung des Vaters dem freien Kindesvermögen zur Last:

a) die Verbindlichkeiten aus einem sich auf das freie Vermögen beziehenden Rechtsverhältnisse, auch wenn sie vor der Zeit entstanden sind, wo das Vermögen dem Kinde zugefallen ist[4]), sowie die Kosten

[1]) Protokolle IV S. 178.

[2]) Ist also für eine persönliche Schuld, die zum freien Vermögen gehört, eine Hypothek auf ein der Nutznießung unterliegendes Grundstück eingetragen, so wird der elterliche Nießbrauch nicht durch die Hypothekenzinsen belastet.

[3]) Vgl. aber unten III a. E.

[4]) Dem § 1415 Nr. 2 liegt der Gedanke zu Grunde, daß es für die betreffenden Verbindlichkeiten keinen Unterschied machen soll, ob das Vermögen, zu dem sie gehören, zur Zeit ihrer Entstehung schon Vorbehaltsgut war. Dem entspricht der im Text gewählte Ausdruck, da freies Kindervermögen immer nur durch Zuwendungen oder anderen Erwerb entstehen kann.

eines Rechtsstreites über derartige Verbindlichkeiten (§ 1415 Nr. 2. 3). Hierher gehören vor Allem die Schulden aus Rechtsgeschäften, die mit ihm in einem besonderen Zusammenhange stehen, z. B. aus Kauf- und Miethsgeschäften über eine zu ihm gehörende Sache, aber auch alle auf das Kind übergegangenen Erbschaftsschulden, wenn der Erblasser die elterliche Nutznießung daran ausgeschlossen hatte. Ist ferner dem Kinde der selbständige Betrieb eines Erwerbsgeschäftes gestattet, oder es ermächtigt in Dienst oder Arbeit zu treten (BGB. §§ 112. 113), so fällt der hierdurch erzielte Verdienst in das freie Vermögen, und sind dementsprechend auch alle aus dem Betriebe oder dem Dienstverhältnisse entspringenden Schulden als solche des freien Vermögens anzusehen. Die Zinsen solcher Verbindlichkeiten zu bezahlen ist der Vater nach dem oben angeführten allgemeinen Grundsatze nicht verpflichtet. Ebenso sind die von dem Kinde auf Grund einer gesetzlichen Unterhaltspflicht geschuldeten Leistungen zu beurtheilen. Ist sie allein aus dem Besitze freien Vermögens entstanden, so ist sie auch allein aus diesem zu erfüllen. Dieser Fall kann nur vorliegen, wenn das Kind daneben kein unfreies Gut besitzt. Andernfalls ruht die Unterhaltspflicht auf beiden Vermögensmassen in dem ihrer Größe entsprechenden Verhältnisse. Der auf das unfreie Gut fallende Beitrag ist alsdann dem Vater aufzuerlegen, der Rest dem Kinde[1]). Die Zinsen und wiederkehrenden Leistungen, die nicht so mit dem freien Vermögen in Verbindung stehen, bilden im Allgemeinen eine mit der Nutznießung verbundene Last des Gewalthabers. Jedoch gilt dies nicht von solchen Leistungen, die bei ordnungsmäßiger Verwaltung nicht aus den Einkünften des Vermögens bestritten werden. Für diese kann der Vater vielmehr aus dem freien Vermögen Ersatz verlangen (§ 1386 Abs. 1 a. E.).

b) Die Verbindlichkeiten aus einer unerlaubten Handlung einschließlich der Kosten eines über sie geführten Rechtsstreites oder aus einem Strafverfahren, das wegen einer solchen Handlung gegen das Kind eingeleitet wird (§ 1415 Nr. 1. 3). Aus diesen letzteren Kosten haben wir jedoch diejenigen der Vertheidigung auszuscheiden, da sie nach § 1654 zu den Lasten der Nutznießung gehören, vorbehaltlich der Ersatzpflicht des Kindes im Falle seiner Verurtheilung. Der Vater hat also in einem gegen das Kind gerichteten Strafverfahren

[1]) So auch die Motive, vgl. Haidlen III S. 169.

die Kosten der Vertheidigung zunächst aus seinen eigenen Mitteln zu bezahlen[1]). Da das Gesetz nicht unterscheidet, so ist es einflußlos, ob er den Vertheidiger freiwillig bestellt hat, oder ob ein Fall der nothwendigen Vertheidigung vorlag[2]). Wird das Kind demnächst freigesprochen, ohne daß die Kosten der Vertheidigung der Staatskasse auferlegt werden[3]), so kann der Vater sich selbst dadurch keinen Ersatzanspruch verschaffen, daß er den Beweis erbringt, die unerlaubte Handlung, auf die sich das Verfahren bezog, sei doch begangen. Das verurtheilte[4]) Kind ist ihm zur Erstattung verpflichtet, ohne zum Beweise seiner Unschuld zugelassen zu werden. Der Inhalt des strafrechtlichen Urtheils ist auch für das Vermögensverhältniß zwischen ihnen Beiden unbedingt maßgebend.

c) Die Kosten eines Rechtsstreites zwischen Vater und Kind, soweit nicht Ersterer sie zu tragen hat, d. h. zu ihrer Tragung verurtheilt ist (§ 1416). Die Kosten verbleiben also dem Kinde nicht nur, wenn es unterliegt, sondern auch im Falle der Kostencompensation oder der Beendigung des Rechtsstreites durch Vergleich, soweit nicht der Vater sie in diesem übernimmt.

Die Kosten anderer Processe als der unter a—c erwähnten hat der Vater zu bestreiten, mögen sie sich auf das (unfreie) Vermögen des Kindes beziehen oder dessen persönliche Verhältnisse zum Gegenstande haben. Für diese beiden Gattungen von Streitigkeiten ist demgemäß die Person des Gegners von Bedeutung; ist er ein Fremder, so ist der Vater zahlungspflichtig, wird dagegen mit ihm selber gestritten, das Kind.

4. Wird eine Verbindlichkeit, die nach den dargelegten Grundsätzen dem freien Kindesvermögen zur Last fällt, von dem Vater aus dem *unfreien Gute* berichtigt, so ist ihm aus jenem, soweit es reicht, Ersatz zu leisten, und umgekehrt hat er, wenn eine auf dem *unfreien Gute ruhende* Verbindlichkeit des Kindes aus dem freien Vermögen berichtigt ist, diesem Ersatz zu leisten, soweit das seiner Nutznießung unterliegende Vermögen reicht (§§ 1660. 1417).

---

[1]) Steht ihm eine Nutznießung nicht zu, weil das Kind kein ihr unterliegendes Vermögen besitzt, so fällt auch seine Verpflichtung fort.

[2]) StPrO. §§ 140, 141.

[3]) StPrO. § 499.

[4]) Der Verurtheilung zu einer Strafe muß bei Beleidigungen und Körperverletzungen der Ausspruch gleichstehen, daß das Kind auf Grund von StGB. § 199 oder 233 für straffrei erklärt werde.

Daraus, daß die Erstattungsverbindlichkeit nur in Höhe des Betrages des einen oder anderen Vermögens anerkannt ist, sowie aus den Motiven[1]) ergiebt sich, daß sie nicht als persönliche Verpflichtung gedacht ist, sondern als Ausgleichung zwischen den beiden Gütermassen. Es handelt sich ja auch nicht um Leistungen des Vaters für das Kind oder des Kindes für den Vater, sondern in beiden Fällen um Schulden des Kindes, für die sowohl der eine wie der andere Bestandtheil seines Vermögens haftet. Gerade dadurch, daß sie im Verhältnisse zu den Gläubigern nach § 1659 (vgl. unten III) eine Einheit bilden, kann es sich besonders leicht ereignen, daß eine Forderung aus einem anderen Theile bezahlt wird, als mit Rücksicht auf das Rechtsverhältniß zwischen Vater und Kind hätte geschehen müssen. Dergleichen Zufälligkeiten sollen für den Umfang der Nutznießung des Vaters einflußlos bleiben, seine Befugnisse sollen nicht zu Gunsten des freien Gutes geschmälert, aber auch nicht zu seinen Gunsten auf Kosten des letzteren unangetastet gelassen werden. Folglich kann der Vater das Kind nicht, nachdem es gewaltfrei geworden ist, auf Schadensersatz belangen, weil beim Fehlen freien Vermögens Schulden, die sonst aus diesem zu berichtigen gewesen wären, z. B. aus unerlaubten Handlungen des Kindes entstandene, aus dem unfreien Gute haben gedeckt werden müssen, und er auf diese Weise eine Einbuße an seiner Nutznießung erfahren hat. Hiernach wird man mit den Motiven[2]) annehmen dürfen, daß eine Erstattungsverbindlichkeit auch dann besteht, wenn auf irgend eine andere Weise die eine Vermögensmasse auf Kosten der anderen bereichert wird, z. B. dadurch, daß das Kind Gläubiger oder Schuldner desjenigen Nachlasses war, der ihm als freies Vermögen zufällt. Denn hier wird gleichfalls entweder das freie oder das unfreie Gut durch den Untergang des Schuldverhältnisses befreit oder geschädigt, ohne daß ihm der entsprechende Werth entzogen oder zugeführt wird. Bezahlt dagegen der Vater aus seinem eigenen Vermögen, zu dem auch die Nutzungen des unfreien Kindesgutes gehören, eine Schuld des Kindes, so hat er einen Ersatzanspruch nach den Grundsätzen der Geschäfts-

[1]) Haidlen III S. 167. Dasselbe gilt nach BGB. § 1417 für die Ersatzpflicht unter Ehegatten beim gesetzlichen Güterstande. Hier findet die oben vertretene Auffassung noch eine besondere Bestätigung durch den Gegensatz zu § 1476 Abs. 2 a. E., wo die persönliche Haftung der Ehegatten angeordnet ist.

[2]) Haidlen III S. 168.

führung ohne Auftrag oder auch vielleicht des Auftrages, und diese kommen gleichfalls zur Anwendung, wenn aus dem freien Gute eine Schuld getilgt wird, die als Last des unfreien Vermögens dem Vater obliegt, wie z. B. die Zahlung von Zinsen oder der Kosten eines für das Kind geführten Rechtsstreites.

5. Der Umfang der Lasten des Vaters, wie sie ihm durch § 1654 i. V. m. §§ 1384—86. 1388 auferlegt sind, ist von dem Betrage der ihm zu Gute kommenden Nutzungen völlig unabhängig [1]). Er muß, wenn die Früchte nicht ausreichen, aus seinem eigenen Vermögen einen entsprechenden Zuschuß leisten. Aber er ist dennoch nicht ohne Weiteres persönlich für sie haftbar, sondern vermag sich, worauf schon oben (unter 2) gelegentlich hingewiesen wurde, durch Verzicht auf die Nutznießung von ihnen zu befreien. Jedoch wird er ihrer damit nur für die Zukunft ledig, die während seiner Nießbrauchszeit entstandenen Verpflichtungen muß er nachträglich noch erfüllen. Sein Recht bildet die Voraussetzung für die Begründung seiner Verbindlichkeiten, aber nicht die Grenze für die Höhe seiner Schuld. Er haftet nicht nur mit dem ihm daraus zufließenden Theile seines Einkommens, sondern, sobald sie zur Entstehung gekommen sind, mit seinem ganzen Vermögen.

III. Das Nutznießungsrecht des Gewalthabers war im Entw. I. unzweifelhaft als dingliches Recht gedacht, wie namentlich im § 1520 zu Tage trat, nach welchem auf dasselbe die Vorschriften über den Nießbrauch Anwendung finden sollten [2]). Diese Bestimmung ist allerdings später gestrichen worden, aber nur, weil man nicht alle für den Nießbrauch geltenden Grundsätze auf die elterliche Nutznießung übertragen wollte. Keineswegs aber hat man daran gedacht, von dem bisherigen Gange der geschichtlichen Entwicklung so völlig abzuweichen, daß man dem Vater nur einen persönlichen Anspruch gegen das Kind auf Gestattung der Benutzung der zu dessen Vermögen gehörenden Gegenstände und auf die Fruchtziehung gewährte. Ob man hieraus schließen darf, daß der Vater sein Recht gegen Beeinträchtigungen von Seiten Dritter mit einer selbständigen Klage auf Herausgabe bei Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes (vgl. BGB. § 985) und auf Unterlassung sonstiger Störungen (vgl. BGB. § 1004) oder mit einer anderen den Ansprüchen des Eigen-

[1]) Protokolle IV S. 179, 192—93, 582 oben.

[2]) Vgl. auch Haidlen III S. 485.

thümers entsprechenden Klage schützen kann, ist zweifelhaft, da § 1065 nicht auf die elterliche Nutznießung übertragen ist. Die Verneinung dieser Frage würde aber dem Vater nicht nachtheilig sein, da derartige Beeinträchtigungen zugleich eine Kränkung der Rechte des Kindes enthalten und jener als gesetzlicher Vertreter jedenfalls die betreffenden Klagen anstellen kann. In einer sehr wichtigen Beziehung sind jedoch die den bisherigen Rechtszustand beherrschenden Grundsätze verlassen: die Befugnisse des Gewalthabers gehen nicht mehr denen der Gläubiger des Kindes vor. Denn seine Nutznießung erscheint nicht mehr als ein Ueberrest einstigen Eigenthums, sondern als ein Ausfluß der Unselbständigkeit des Gewaltuntergebenen, in Folge deren die Einkünfte seines Vermögens für die Bedürfnisse der gesammten Familie verwendet werden dürfen. Dementsprechend können die Gläubiger des Kindes ihre Befriedigung aus seinem Vermögen ohne Rücksicht auf den elterlichen Nießbrauch suchen (§ 1659 Abs. 1)[1]). Ihnen gegenüber kommt nur in Betracht, daß das Vermögen dem Kinde gehört; insoweit fällt also auch die Scheidung zwischen freiem und unfreiem Kindesgute hinweg. Der Vater hat nicht einmal einen Anspruch darauf, daß die Gläubiger sich zunächst an den von seiner Nutznießung befreiten Theil des Vermögens halten, wenn solches vorhanden ist und ihre Forderung begrifflich mit ihm im Zusammenhange steht, auch im Verhältnisse des Kindes zum Vater Ersterem zur Last fällt. Für ihn entsteht nur durch Bezahlung der Schuld aus der anderen Masse das schon erwähnte Recht auf Ausgleichung. Seine Befugnisse erleiden sogar durch das Vorhandensein von Gläubigern eine weitere Einschränkung. Denn während er im Allgemeinen verbrauchbare Sachen veräußern oder verbrauchen darf und ihren Werth erst nach Beendigung seiner Nutznießung zu ersetzen braucht (oben I 4), muß er zur Tilgung von Verbindlichkeiten den Ersatz sofort leisten (§ 1659 Abs. 2). Wenn aber auch diese Verpflichtung im Gesetz schrankenlos ausgesprochen ist, so tritt sie doch dann nicht ein, wenn noch andere zur Tilgung der Schuld geeignete Gegenstände vorhanden sind. Es ist hier nicht eine processuale Vorschrift getroffen, sondern es soll nur eine Be-

[1]) Zur Zwangsvollstreckung in das Kindesvermögen ist ein gegen das Kind ergangenes Urtheil genügend, ohne daß eine Vollstreckungsklausel gegen den Vater nothwendig ist. CPrO. § 746.

einträchtigung der Gläubiger verhindert werden. Ihre Forderung muß nach der Natur der Sache auf Geld gehen oder sich in eine Interessenleistung umgewandelt haben, bevor ihnen überhaupt die Vorschrift des § 1659 Abs. 2 zugute kommt. Woher der Vater nun die Mittel zu ihrer Befriedigung nimmt, kann den Gläubigern gleichgültig sein. Ebensowenig können sie sich über eine Schmälerung ihrer Rechte beklagen, solange bei einer etwaigen Zwangsvollstreckung ihnen noch andere Vermögensstücke zur Verfügung stehen, als die Ersatzforderung aus § 1653. Das Kind, als der eigentliche Schuldner, könnte allerdings ihrer Pfändung nicht widersprechen, aber der Vater muß geltend machen dürfen, daß der Grund der fraglichen Vorschrift nicht zutreffe, und daß er daher durch Zwang zum vorzeitigen Ersatze ungerechtfertigter Weise in seiner Nutznießung behindert werde. Meistens werden übrigens die Gläubiger in ihrem eigenen Interesse zunächst aus anderen Vermögensstücken Befriedigung suchen, da die Geltendmachung der Rechte aus § 1659 sie mit dem Beweise belastet, daß der Vater dem Kinde gegenüber ersatzpflichtig sei[1]). Dagegen brauchen sie nicht darzulegen, daß andere zur Pfändung geeignete Gegenstände fehlen, sondern der Vater hat deren Vorhandensein nachzuweisen.

Die Beschränkung der Rechte des Vaters zu Gunsten der Gläubiger enthält eine eigenthümliche Abschwächung ihrer dinglichen Natur. Man muß jedoch zwischen dem Stamm des Kindesvermögens und den Früchten unterscheiden. Letztere gehen mit der Trennung in sein Eigenthum über (oben I 3) und werden dadurch dem Zugriffe der Gläubiger entzogen (vgl. auch unten IV). Solange sie freilich mit der Mutterſache verbunden sind, bilden sie einen Theil des Kindesguts, und der Vater kann nicht auf Grund seiner Nutznießung verlangen, daß ihm gestattet werde, sie für sich zu ernten, nachdem die Gläubiger einmal die Mutterſache zu ihrer Befriedigung in Anspruch genommen haben[2]). Sein Nießbrauch soll wirtschaftlich aufgefaßt nur das reine Kindesvermögen nach Abzug der Schulden

---

[1]) Zu demselben Ergebnisse gelangt man, wenn man annimmt, daß nicht die Pfändung der Ersatzforderung des Kindes gegen den Vater, sondern die Erhebung einer selbständigen Klage gegen ihn auf Einzahlung zum Kindesvermögen der zutreffende Weg sei.

[2]) Fischer-Henle Anm. 2 zu § 1659.

zum Gegenstande haben. Daher weicht er dem Forderungsrechte der Gläubiger, soweit es sich um den Stamm des Vermögens handelt. Hier ist der Grundsatz der Dinglichkeit nicht strenge durchgeführt. In Bezug auf die getrennten Früchte ist er dagegen schärfer ausgebildet: es genügt nicht ein persönliches Forderungsrecht zur Beseitigung des Nutzungsrechtes, sondern Derjenige, welcher dem Vater vorgehen will, muß seinerseits ein Pfandrecht, also auch ein dingliches Recht haben. Entscheidend ist dann die frühere Begründung des Eigenthums des Vaters oder des Pfandrechts des Gläubigers an den Früchten als selbständigen Sachen[1]).

2. Auch das Kind darf sich nicht darauf berufen, daß die zu erfüllende Verbindlichkeit zu den Lasten gehöre, die der Vater zu tragen hat. Die etwaige Ausgleichung zwischen ihnen Beiden ist eine Angelegenheit, welche die Gläubiger nicht berührt. Die Scheidung der Haftung nach innen und nach außen ist aber vom BGB., und zwar wieder zu Gunsten der Gläubiger, verwischt. Soweit der Vater dem Kinde gegenüber zur Berichtigung der auf dem unfreien Gute ruhenden Verbindlichkeiten verpflichtet ist (oben II), dürfen die Gläubiger sich auch an ihn halten. Vater und Kind haften ihnen dann als Gesammtschuldner (§ 1654 i. V. m. § 1388). Aber nur in dem angegebenen Umfange tritt dies ein, nicht auch bei sonstigen Schulden des Kindes. Für diese ist die Unterscheidung zwischen freiem und unfreiem Kindergute insoweit auch den Gläubigern gegenüber wirksam; für Forderungen, die allein das der elterlichen Nutznießung nicht unterliegende Vermögen betreffen, haben sie sich ausschließlich an das Kind zu halten, und auch bei anderen Forderungen kann der Vater nur in Anspruch genommen werden, falls ihm im Verhältniß zum Kinde die Tilgung der Schuld obliegt.

3. Hat der Vater kraft seiner Nutznießung ein Grundstück verpachtet oder vermiethet, so tritt das Kind bei ihrer Beendigung in die aus dem Rechtsverhältnisse sich ergebenden Rechte und Verbindlichkeiten ein (§§ 1663, 1056 Abs. 1, 571 Abs. 1), ist jedoch berechtigt, unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist[2]) zu

---

[1]) Das Pfandrecht kann früher zur Entstehung kommen durch Pfändung von Früchten auf dem Halm (CPrO. § 810). Gleichstehen muß die Begründung des Pfandrechtes an der Mutterſache vor Trennung der Frucht, vergl. BGB. § 1212.

[2]) BGB. §§ 565, 595.

kündigen. Diese Befugniß erleidet aber eine Einschränkung, wenn das Ende der Nutznießung durch Verzicht des Vaters herbeigeführt wird. Alsdann nämlich ist die Kündigung erst von der Zeit an zulässig, zu welcher die Nutznießung ohne den Verzicht erlöschen würde[1]) (§ 1056 Abs. 2). Damit der Pächter oder Miether rechtzeitig erfährt, ob das Rechtsverhältniß aufgelöst werden wird oder nicht, darf er das Kind oder dessen Vertreter unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung darüber auffordern, ob von dem Kündigungsrechte Gebrauch gemacht werde; die Kündigung kann nur bis zum Ablaufe der Frist erfolgen (§ 1056 Abs. 3). Erfüllt das Kind die Verpflichtungen aus dem Pacht- oder Miethvertrage nicht, so haftet der Vater für den dem anderen Theile zu ersetzenden Schaden wie ein Bürge ohne Einrede der Vorausklage, wird aber von dieser Verbindlichkeit frei, wenn er dem Pächter oder Miether von dem Ende seiner Nutznießung Mittheilung macht, und dieser darauf nicht das Pacht- oder Miethverhältniß für den ersten zulässigen Termin kündigt (§ 571 Abs. 2)[2]). Auf die Rechte aus einer vom Pächter oder Miether bestellten Sicherheit, auf im Voraus getroffene Verfügungen des Vaters über den nach Beendigung seiner Nutznießung fällig werdenden Zins und auf Rechtsgeschäfte zwischen dem Miether oder Pächter und dem Vater in Ansehung der Zinsforderung, auf die Zulässigkeit einer Aufrechnung mit einer gegen

[1]) Es ist hier nicht nur an das gänzliche Erlöschen der elterlichen Gewalt zu denken, sondern auch an die anderen Ereignisse, die ohne den Verzicht das Aufhören der Nutznießung herbeiführen würden, z. B. Verheirathung der Tochter. Nur der Fall des § 1666 Abs. 2 bleibt außer Betracht, weil das Ende des Nießbrauches nicht von Rechtswegen eintritt, sondern das Vormundschaftsgericht die Befugniß hat, ihn dem Vater zu entziehen, wovon natürlich kein Gebrauch mehr gemacht werden kann, wenn dieser schon verzichtet hat.

[2]) Diese Grundsätze finden keine Anwendung, wenn der Vater die Vermiethung oder Verpachtung auf Grund seines Verwaltungsrechtes vornimmt, vgl. Fischer-Henle Anm. 1 zu § 1663. Da es ihm neben der Nutznießung zustehen muß — sonst würde er nach § 1656 von ihrer eigenen Ausübung ausgeschlossen sein, also auch nicht vermiethen oder verpachten können — so ist zu untersuchen, auf Grund welcher Befugnisse er das Rechtsverhältniß begründet hat. Hat er den Vertrag in eigenem Namen geschlossen, so handelt er im Zweifel als Nutznießer, andernfalls als Verwalter. Einen gewissen Anhalt für die Auslegung gewährt auch der Umstand, daß die Genehmigung des Vormundes eingeholt oder nicht eingeholt ist, wo sie nach §§ 1643, 1822 Nr. 5 erforderlich sein würde.

den Vater begründeten Forderung dem Kinde gegenüber, auf die Wirksamkeit einer unrichtigen Mittheilung über das Ende der Nutznießung und auf die Weiterveräußerung des Grundstückes durch das Kind während der Dauer des Pacht- oder Miethverhältnisses finden die §§ 572, 573 Satz 1, 574—76, 579 entsprechende Anwendung.

IV. Das Nutznießungsrecht des Vaters und seine Ansprüche aus §§ 1655, 1656 (vgl. oben I 6 und unten § 13 A IV), solange sie nicht fällig sind, sind nicht übertragbar (§ 1658). Da hinsichtlich der Sorge für das Vermögen eine ähnliche Vorschrift nicht besteht, so wäre es an sich denkbar, daß der Vater die Verwaltung und die Ausübung seines Nießbrauches einem Anderen als Beauftragten überließe und ihm gestattete, die gewonnenen Früchte zu behalten. Denn das gesetzliche Verbot bezieht sich nur auf die Nutznießung im Ganzen, eine Uebertragung der bereits fälligen Nutzungen, z. B. Cession eines fälligen Zinsanspruches, wird nicht mehr von seinem Wortlaute betroffen und ist so wenig unzulässig, wie die Veräußerung gezogener körperlicher Früchte. Dennoch ist ein derartiges Geschäft jedenfalls nicht gestattet, weil es eine Umgehung des Gesetzes bildet. Vorausgesetzt muß dabei aber werden, daß der Beauftragte procurator in rem suam sein soll. Die bloße Befugniß zur Erhebung und Verwendung der Nutzungen im Interesse des Vaters ist oft ein unentbehrliches Auskunftsmittel für Fälle vorübergehender Behinderung des Vaters, die noch nicht unter § 1665 fallen (vgl. § 14 I).

Die Gläubiger des Vaters können sein Nutzungsrecht nicht zur Befriedigung ihrer Forderungen pfänden lassen (CPrO. § 862). Dasselbe gilt von den seitens des Gewalthabers bereits erworbenen Früchten und den Ansprüchen aus §§ 1655, 1656, soweit sie zur Erfüllung der dem Vater nach § 1654 obliegenden Lasten (oben II) oder seiner gesetzlichen Unterhaltspflicht gegen seine Ehefrau, seine frühere Ehefrau oder seine Verwandten[1]) oder endlich zur Bestreitung seines standesgemäßen Unterhalts erforderlich sind. Auch das Kind kann der Pfändung widersprechen und sein Recht nach CPrO. § 766 geltend machen.

Nach bisherigem Rechte fiel die Nutznießung des Vaters bei seinem Konkurse für die Dauer des Verfahrens mit einigen Beschränkungen in die Masse. Die KO. in ihrer neuen Fassung hat

[1]) Vgl. BGB. §§ 1608, 1578—83, 1351, 1601 ff.

dies durch Weglassung des alten § 1 Abs. 2 beseitigt, und es gelten jetzt einfach die allgemeinen Grundsätze. Da, wie wir eben gesehen haben, die Nutznießung nicht pfändbar ist, nicht der Zwangsvollstreckung unterliegt, so fällt sie in Zukunft nur insoweit in die Konkursmasse, wie sie ausnahmsweise pfändbar ist.

V. Die Nutznießung endigt zunächst selbstverständlich mit dem Aufhören der elterlichen Gewalt. Außerdem ist schon mehrfach erwähnt worden, daß der Vater auf sein Recht verzichten kann (§ 1662). Die Erklärung muß in öffentlich beglaubigter Form dem Vormundschaftsgerichte gegenüber abgegeben werden. Ferner erlischt die Nutznießung durch Verheirathung des Kindes, es sei denn, daß die Ehe ohne die erforderliche elterliche Einwilligung geschlossen wird (§ 1661). Meistens liegt in diesem Verhalten eine Pflichtverletzung gerade gegen den Gewalthaber, doch ist dies nicht nothwendig. Sonstige Endigungsgründe und Beschränkungen werden wir im nächsten Paragraphen kennen lernen.

§ 13.

4. Beschränkungen der elterlichen Gewalt. Freies Kindesvermögen.

Die Entwickelung des römischen Rechtes hatte dahin geführt, daß die Rechte des Hausvaters am Vermögen des Kindes nicht in allen Fällen den gleichen Umfang hatten. Neben bona adventicia regularia gab es bona adv. irregularia und ein peculium castrense und quasi castrense. Die Reception des römischen Rechtes bewirkte, daß auch in Deutschland die Möglichkeit anerkannt wurde, Vermögen des Kindes dem Nießbrauch des Vaters zu entziehen. Außerdem hatten die Römer in der Kaiserzeit begonnen, die Befugnisse des Vaters gegenüber der Person des Gewaltuntergebenen einzuschränken und namentlich gegen ihre mißbräuchliche Ausübung einzuschreiten. Die dieses Ziel verfolgenden Bestimmungen wurden vom gemeinen Rechte und den neueren Gesetzgebungen übernommen und im Anschlusse an ähnliche Bestrebungen des älteren einheimischen Rechtes erweitert[1]). Noch mehr vorgeschritten ist diese Entwicklung im BGB.

[1]) Ob dem Vater nach gemeinem Rechte die Verwaltung wegen Mißbrauches entzogen werden konnte, war streitig. Dagegen Lehmann in Ihering's Jahrbüchern 25 S. 202—3 und die dort Angeführten.

entsprechend seiner Betonung des vormundschaftlichen Elementes in der elterlichen Gewalt[1]). Dabei haben wir einerseits nach den drei Richtungen der in ihr enthaltenen Rechte zu unterscheiden zwischen Beschränkungen der Sorge für die Person, der Vermögensverwaltung und der Nutznießung, die freilich auch miteinander verbunden werden können[2]), andererseits nach der Art, in der die Beschränkung erfolgt[3]).

A. Beschränkung und Entziehung der Sorge für die Person und der Vermögensrechte durch das Vormundschaftsgericht oder durch Gesetz.

I. Daß der Staat durch mehrfache Maßregeln in das Erziehungsrecht der Eltern eingreift, ist schon oben (§ 10 I 1) erwähnt worden. Das BGB. (§ 1666) beschäftigt sich nur mit der Gefährdung des geistigen oder leiblichen Wohles des Kindes durch den Vater. Sie kann herbeigeführt werden durch Mißbrauch des Rechts der Sorge für die Person, namentlich durch Mißhandlungen, Auswahl eines nach den körperlichen oder geistigen Eigenschaften des Kindes ungeeigneten Berufes, Nöthigung der Tochter zu einer ihr widerstrebenden Heirath, Anhalten der Kinder zum Betteln u. dgl. Oder durch Vernachlässigung des Kindes, namentlich in Bezug auf seine körperliche Pflege oder seine geistige Ausbildung, sowie mittels ungenügender Ueberwachung. Oder durch eigenes ehrloses oder unsittliches Verhalten[4]), das sich keineswegs gegen die Kinder zu richten braucht, aber ihre sittliche Erziehung durch den Einfluß des bösen

[1]) Da an Kindesstatt angenommene den ehelichen Kindern gleichstehen, so finden die hierher gehörigen Bestimmungen auch zu ihren Gunsten Anwendung.

[2]) Ueber die Beschränkungen, welche die Verheirathung der Tochter mit sich bringt, vgl. oben §§ 10 V, 11 XIV, 12 V.

[3]) In Bezug auf den Verlust der Befugniß zur Stellung von Strafanträgen gilt hier entsprechend das unten § 14 I a. E. Bemerkte.

[4]) Hierher können Handlungen gehören, die eine Erbunwürdigkeit (BGB. § 2339) begründen, es läßt sich jedoch nicht ohne Weiteres behaupten, daß sie stets unter § 1666 fallen. Umgekehrt übt der in § 2339 Abs. 2 berührte Umstand hier gar keine Wirkung. Ebensowenig ist stets entscheidend, daß an eine strafbare Handlung, deren der Vater sich schuldig gemacht hat, sich der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte knüpfen kann. Dagegen dürften diejenigen Verbrechen, bei denen er ausgesprochen werden muß (StGB. §§ 161, 181, 302 d. e.) stets als ehrloses Verhalten im Sinne des § 1666 anzusehen sein.

Beispiels schädigt[1]). Stets muß also ein Verschulden des Gewalthabers vorliegen. Daß er sich als unfähig erweist, die Erziehung des Kindes in der richtigen Weise zu leiten, genügt nicht, mag darunter auch die sittliche Entwickelung des Kindes in erheblichem Maße leiden[2]). Auch wird es mit Rücksicht auf die Enstehungsgeschichte des § 1666 nicht zulässig sein, den Umstand, daß jener es unterläßt, die Erziehung einer geeigneteren Persönlichkeit zu übertragen, als Vernachlässigung des Kindes aufzufassen. Das Vormundschaftsgericht[3]) darf aber nicht bei jedem Mißbrauch oder jeder Vernachlässigung einschreiten, vielmehr ist erforderlich, daß durch die Handlungsweise des Vaters das geistige oder leibliche Wohl des Kindes gefährdet wird. Diese Voraussetzung liegt nur bei schwererer Verschuldung vor, höchstens kann schon ein einmaliges unsittliches Verhalten eine Beschränkung der elterlichen Gewalt rechtfertigen, falls eine Wiederholung zu befürchten ist. Ebenso wie die Prüfung der Nothwendigkeit des Eingreifens der Behörde läßt auch die Auswahl der anzuordnenden Maßregeln der richterlichen Beurtheilung und der Berücksichtigung der Umstände des einzelnen Falles einen weiten Spielraum. Möglicherweise kann schon eine amtliche Warnung ausreichen, namentlich in Verbindung mit Aufsichtsmaßregeln, indem z. B. die nächsten Verwandten des Kindes, die Gelegenheit haben, es fast täglich zu sehen, angewiesen werden, von weiteren ähnlichen Vorkommnissen sofort Anzeige zu machen. Das Gesetz hebt insbesondere die Unterbringung in einer geeigneten Familie oder in einer Erziehungs- oder einer Besserungsanstalt hervor. Dabei ist die Obervormundschaft nicht darauf beschränkt, sich im Allgemeinen für die Nothwendigkeit einer in diesen Bereich fallenden Anordnung auszusprechen, sondern darf selber den Weg, der im besonderen Falle eingeschlagen werden soll, bestimmen[4]), auch die Anstalt auswählen,

[1]) Motive bei Haidlen III S. 493, Protokolle IV S. 624. In der Kommission war man übrigens damit einverstanden, daß ein ehrloses Verhalten nur in Betracht komme, wenn es zugleich unsittlich sei.

[2]) Anders nach Entw. II § 1557: „Das Gleiche gilt, wenn das Kind sittlich verwahrlost und nach der Persönlichkeit und den Lebensverhältnissen des Vaters anzunehmen ist, daß die elterliche Erziehungsgewalt zur Besserung des Kindes nicht ausreicht." Für die schlimmsten Fälle vermag aber die Landesgesetzgebung auf Grund des EG. z. BGB. Art. 135 Abhülfe zu verschaffen.

[3]) Vgl. oben § 9 VI.

[4]) Protokolle IV S. 630—32.

der das Kind übergeben werden soll. Bei der Durchführung der Maßregel ist sie allerdings auf die Mitwirkung eines Pflegers angewiesen, und bei der Unterbringung in einer Familie wird ihm stets das Aufsuchen geeigneter Persönlichkeiten und die Verhandlung mit ihnen überlassen werden müssen. Im Nothfalle kann selbst zur völligen Entziehung der Sorge für die Person und für das Vermögen geschritten werden[1]). Bei der Wichtigkeit dieses Eingriffes in die elterlichen Rechte ist aber daran festzuhalten, daß die Behörde nur die nach der Sachlage *erforderlichen* Maßregeln ergreifen darf. Daher wird wohl nur bei Vernachlässigung des Kindes ein genügender Anlaß zur Entziehung der Vermögensverwaltung vorliegen können und auch hier nur in verhältnißmäßig seltenen Fällen geboten sein. Die Entziehung der elterlichen Nutznießung ist überhaupt unzulässig[2]). Die hier stets eintretende Beeinträchtigung der elterlichen Rechte hätte dahin führen können, dem Gewalthaber eine Verhandlung vor dem Proceßrichter zu gewähren, der Gesetzgeber hat es jedoch vorgezogen, die Entscheidung dem Vormundschaftsgerichte zu übertragen.

An den Fall der Vernachlässigung des Kindes schließt sich der andere an, daß der Vater das Recht des Kindes auf Gewährung des Unterhaltes verletzt (§ 1666 Abs. 2). Dabei ist weniger an die Nichterfüllung der Unterhaltspflicht bei gänzlicher Vermögenslosigkeit[3]) zu denken (wie sich daraus ergiebt, daß die angedrohte Folge sich gerade auf das Recht des Vaters am Kindesgut bezieht), als vielmehr daran, daß er die Einkünfte des Vermögens des Kindes unter Vernachlässigung der Bedürfnisse desselben für sich und seine Zwecke verwendet, oder daß er nicht die nöthigen Zuschüsse zu den ungenügenden Einkünften leistet[4]). Ist nämlich nicht blos zeitweilig kein Unterhalt gewährt, sondern auch für die Zukunft eine *erheb-*

---

[1]) Motive bei *Haidlen* III S. 493, Protokolle IV S. 627. Eine Bestätigung findet dies durch § 1656 Abs. 2, der die Entziehung der Sorge für die Person und das Vermögen unter Belassung der Nutznießung als möglich voraussetzt. Eine andere Bestimmung aber als § 1666 Abs. 1, aus der diese Möglichkeit abgeleitet werden könnte, giebt es nicht.

[2]) Motive und Protokolle a. a. O. Vgl. auch § 1656 Abs. 2.

[3]) Außer einer durch einen Pfleger zu erhebenden Klage würden hier die in § 1666 Abs. 1 vorgesehenen Maßregeln Platz greifen.

[4]) BGB. § 1602 Abs. 2.

liche Gefährdung des Unterhaltes zu besorgen, so kann dem Vater auch die Vermögensverwaltung sowie die Nutznießung entzogen werden. Diese Vorschrift läßt eine mehrfache Deutung zu. Einmal nämlich kann durch den Gebrauch des Wortes „auch" haben ausgedrückt werden sollen, daß mit den nach Abs. 1 zulässigen Maßregeln die Entziehung der Vermögensrechte verbunden werden dürfe, eine Auslegung, die dem sonstigen Sprachgebrauche des Gesetzes am meisten entspricht. Dafür ließe sich auch folgende Erwägung geltend machen: wird dem Vater nur die Verwaltung genommen, so verliert er damit allerdings nach § 1656 die eigene Ausübung der Nutznießung, hat aber immerhin noch die Aufkünfte kraft seiner Sorge für die Person des Kindes selbst zu verwenden. Deshalb wird mit der bloßen Entziehung der Verwaltung und der Nutznießung nichts erreicht; nur wenn zugleich die Feststellung und Auszahlung der zum Unterhalte des Kindes erforderlichen Mittel einem Pfleger übertragen wird, läßt sich das angestrebte Ziel, Schutz des Gewaltuntergebenen gegen den pflichtvergessenen Vater, voll verwirklichen. Aus dieser Auslegung würde sich aber anderseits ergeben, daß die Entziehung der Vermögensrechte ohne gleichzeitige Schmälerung der Sorge für die Person nicht vorgenommen werden dürfte. Es ist doch aber immerhin möglich, daß der Vater, durch das Eingreifen des Vormundschaftsgerichtes gewarnt, im Uebrigen seinen Pflichten vollständig genügt oder sich freiwillig damit einverstanden erklärt, daß die Verwendung der Einkünfte für das Kind unmittelbar durch den Pfleger erfolgt, und es liegt dann kein Grund vor, bei den Anordnungen das Maß des nach den Umständen des Falles durchaus Nothwendigen zu überschreiten. Reicht also die Untersagung der Vermögensverwaltung und der Nutznießung aus, so hat man sich auch mit ihr zu begnügen. Deshalb ist das „auch" des Gesetzes dahin aufzufassen, daß den nach Abs. 1 zulässigen Maßregeln eine weitere hinzugefügt wird. Daran darf uns auch der Umstand nicht irremachen, daß in Entw. II § 1557 der jetzige Satz 2 des Abs. 1 einen besonderen Absatz bildete, während jetzt Abs. 2 dem ganzen Abs. 1 (= Abs. 1 und 2 des Entw. II) gegenübersteht. Auch ist das „auch" so nicht überflüssig, da es andeutet, daß andere Verfügungen gleichfalls zulässig sind und namentlich ebenso wie mit den in Abs. 1 besonders erwähnten Anordnungen mit der Entziehung der Vermögensrechte verbunden werden dürfen. Das Vormundschafts-

gericht erhält auf diese Weise die vollste Freiheit für seine Entschließung. In dem wohl häufig vorkommenden Falle, daß sowohl die Voraussetzungen des Abs. 1 wie des Abs. 2 gegeben sind, hat es hiernach die Befugniß, dem Vater die Sorge für die Person sowie die Vermögensverwaltung und die Nutznießung zu entziehen, d. h. ihm die elterliche Gewalt völlig abzusprechen. Für das Kind muß alsdann ein Vormund bestellt werden[1]). Doch wird man zu dieser einschneidendsten Maßregel nur im äußersten Nothfalle greifen.

Anträge auf das Einschreiten des Vormundschaftsgerichtes kann die Mutter stellen, da ihr das Recht, für die Person des Kindes zu sorgen, neben dem Vater zusteht, was doch nicht allein in ihrem Interesse, sondern ebenso sehr in dem des Kindes angeordnet ist. Aber nie kann sie, wie nach gemeinen Rechte[2]), gegen den Vater Klage darauf erheben, daß der Uebergang des Erziehungsrechts auf sie in Folge seines Mißbrauches durch den Vater anerkannt werde, weil eine solche Uebertragung nach BGB. überhaupt nicht stattfindet. Nur in den Fällen des § 1684 geht die elterliche Gewalt im Ganzen auf die Mutter über; die Nr. 2 desselben bezieht sich nur auf die Verwirkung nach § 1680. Da das Vormundschaftsgericht nur selten unmittelbar Kunde von den sein Eingreifen nach § 1666 rechtfertigenden Thatsachen erhält, so wird die Anzeigepflicht des Gemeindewaisenraths (vgl. § 1675) besonders wirksam. Unzweifelhaft aber kann die Behörde auch aus der Mittheilung eines beliebigen Dritten Anlaß nehmen, den Thatbestand festzustellen und das Erforderliche anzuordnen.

II. Eine Gefährdung des Vermögens des Kindes kann durch Verschulden des Vaters herbeigeführt werden, indem er die mit der Vermögensverwaltung oder die mit der Nutznießung verbundenen Pflichten verletzt, oder ohne sein Verschulden, indem er in Vermögensverfall geräth[3]). Daß auf diese Weise schon ein Schaden eingetreten ist, wird für die Annahme der Vermögensgefährdung nicht vorausgesetzt, wie andererseits eine Schädigung nicht ausreicht, wenn nicht weitere für die Zukunft zu befürchten sind. Zum Schutze des Kindes darf beim Vorliegen jener Bedingungen das Vormundschaftsgericht

---

[1]) BGB. § 1773.

[2]) Reichsgericht 39 S. 157.

[3]) Das Kind kann nämlich bei dieser Sachlage leicht in Rechtsstreitigkeiten mit den Gläubigern des Vaters verwickelt werden.

gleichfalls die erforderlichen Maßregeln treffen. Worin sie bestehen sollen, hat es unter Berücksichtigung der vorliegenden Umstände nach freiem Ermessen zu beurtheilen, ohne durch bestimmte gesetzliche Vorschriften gebunden zu sein. Nur beispielsweise weist § 1667 auf einige zulässige Anordnungen hin[1]). Zunächst kann dem Vater auferlegt werden, ein mit der Versicherung der Richtigkeit und Vollständigkeit versehenes Vermögensverzeichniß einzureichen und über seine Verwaltung Rechnung zu legen. Der Zweck der letzteren kann sich auf die Feststellung beschränken, ob bisher Schädigungen vorgekommen sind oder nicht. Sie kann aber auch in der Absicht vorgeschrieben werden, ein dauernde Aufsicht über die Vermögensverwaltung zu führen und ist dann in regelmäßigen Abschnitten zu wiederholen[2]). Ist das eingereichte Verzeichniß unvollständig, so kann das Vormundschaftsgericht die Aufnahme eines neuen durch eine zuständige Behörde oder durch einen zuständigen Beamten oder Notar anordnen[3]). Gehören zu dem Kindesvermögen Werthpapiere, Kostbarkeiten oder Buchforderungen gegen das Reich oder einen Bundesstaat, so kann dem Vater deren Hinterlegung, Umschreibung auf den Namen des Kindes oder die Bewirkung einer Eintragung in das Reichs- oder Staatsschuldbuch, die seine Verfügungen an die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes bindet, auferlegt werden[4]). Reichen diese Maßregeln noch nicht aus, so ist das Gericht befugt, dem Vater aufzugeben, daß er für das seiner Verwaltung unterliegende Vermögen eine Sicherheit leiste, deren Art und Umfang die Behörde nach ihrem Ermessen bestimmt (§ 1668). Für die Abgabe der Willenserklärung des Kindes, die zur Bestellung und Aufhebung der Sicherheit an sich erforderlich wären, bedarf es nicht der Er-

[1]) Die durch ihre Ausführung entstehenden Kosten fallen dem Vater zur Last (§§ 1667 Abs. 3, 1672 Abs. 2).

[2]) Protokolle IV S. 635.

[3]) Vgl. § 1640 Abs. 2 Satz 1. Die Mutter kann ihren überlebenden Mann nicht durch letztwillige Verfügung vor dieser Anordnung schützen.

[4]) Das Nähere siehe in BGB. §§ 1814—16, 1818—20. Auch ein Antrag des Vaters auf Hinterlegung von Zins-, Renten- und Gewinnantheilscheinen (§ 1818 a. E.) ist bei Verfall seiner Vermögensverhältnisse denkbar. Rücksichtlich der zum freien Vermögen gehörenden Zinsen u. s. w. ist dies jedenfalls unbedenklich, es muß aber auch bei den entsprechenden Einkünften des unfreien zulässig sein, obwohl diese als Früchte in das Vermögen des Vaters fallen, weil er nicht nur vollständig, sondern auch theilweise auf seine Nutznießung verzichten kann.

nennung eines Pflegers, vielmehr wird seine Mitwirkung durch die gerichtliche Anordnung ersetzt, die Erklärungen gelten also mit ihr als abgegeben, obwohl das Gericht sonst nicht selber die Vertretung des Kindes übernehmen kann und hierdurch bei einem Rechtsgeschäfte die gewöhnliche Reihenfolge von Antrag und Annahme sich umkehrt (§ 1672). Uebrigens kann das Vormundschaftsgericht während der Dauer der elterlichen Gewalt seine Anordnungen jederzeit ändern, insbesondere die Erhöhung, Minderung oder Aufhebung der geleisteten Sicherheit anordnen (§ 1671). Daß sie mit deren Beendigung ihre Wirksamkeit verlieren, versteht sich ja von selbst, ebenso aber auch, daß die bestellte Sicherheit bis zur Befriedigung des Kindes bei Bestand bleibt.

Kommt der Vater den ihm von der Behörde gemachten Auflagen nicht nach, so können Zwangsmittel gegen ihn angewendet werden, soweit sie nach der Landesgesetzgebung und der Lage der Sache möglich sind, z. B. Ordnungsstrafen. Das BGB. (§ 1670) giebt dem Vormundschaftsgerichte aber auch die Befugniß, dem ungehorsamen Vater die Vermögensverwaltung (nicht aber die Nutznießung) zu entziehen[1]). Zur Erzwingung der Sicherheitsleistung sind sogar andere Maßregeln nicht zulässig.

Zu beachten ist, daß diese Vorschriften sich auf jegliche Vermögensgefährdung beziehen und daher sowohl bei der Verwaltung des freien wie des der elterlichen Nutznießung unterliegenden Vermögens durch den Vater Anwendung finden.

III. Geräth der Vater in Konkurs, so endigt seine Befugniß zur Vermögensverwaltung, gleichfalls ohne Unterschied zwischen freiem und unfreiem Gut, mit der Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses, sodaß es einer Anordnung des Vormundschaftsgerichtes nicht bedarf (§ 1647). Seine Nutznießung[2]) fällt allerdings nicht in die Konkursmasse, und es stünde daher auch seiner ferneren Verwaltung kein Hinderniß entgegen. Aber seine Zahlungsunfähigkeit bildet ein besonders hervorragendes Beispiel des oben unter II erwähnten Ver-

[1]) Daß die Verwaltung auch entzogen werden kann, wenn der Vater die ihm beim Tode der Mutter oder bei seiner Wiederverheirathung obliegende Verpflichtung zur Einreichung eines Vermögensverzeichnisses u. s. w. nicht erfüllt, ist bereits in § 11 IX besprochen.

[2]) Vgl. § 12 IV.

mögensverfalles und damit einer Gefährdung des Kindesgutes. Das Gesetz hat deshalb auch in besonders kräftiger Weise für das Interesse des Gewaltuntergebenen eintreten zu müssen geglaubt und jegliches Ermessen des Vormundschaftsgerichtes abgeschnitten. Durch diese Vorschrift wird zugleich erreicht, daß mit der Konkurseröffnung stets die den Vater in der Ausübung seiner Nutznießung zu Gunsten des Kindes beschränkenden Bestimmungen der §§ 1656, 1657 (unten IV) maßgebend werden. Bei Beendigung des Konkurses erhält er keineswegs die Verwaltung ohne Weiteres zurück, vielmehr müßte sie ihm erst durch das Vormundschaftsgericht wieder übertragen werden, und dieses hat nach freiem Ermessen darüber zu bestimmen, ob es ihm seine alten Rechte wiedergeben will oder nicht[1]).

Der dem BGB. § 1647 entsprechende § 1553 des Entw. I ordnete ausdrücklich an, daß die Vorschriften seines ersten und zweiten Absatzes entsprechende Anwendung finden sollten, wenn während der Dauer des Konkurses der Gemeinschuldner die elterliche Gewalt erlangt. Der Abs. 3 ist später gestrichen worden, aber nicht weil man seinen Inhalt mißbilligte[2]). Es kann auch keinem Zweifel unterliegen, daß in diesem Falle und ebenso, wenn das Kind erst während des Konkursverfahrens Vermögen erlangt, das Gegenstand der Verwaltung des Vaters sein könnte, seine Verwaltung überhaupt gar nicht in's Leben treten darf, weil die dem § 1647 zu Grunde liegenden Erwägungen alsdann gleichfalls zutreffen.

IV. Wenn dem Vater aus einem der bisher besprochenen Gründe die Verwaltung des seiner Nutznießung unterliegenden Vermögens nicht zusteht, oder wenn seine elterliche Gewalt ruht (§ 14 I), so kann er auch die Nutznießung nicht ausüben (§ 1656 Abs. 1). An sich würde er ja nur die Sorge für das Vermögen, insoweit sie Ausfluß seiner Gewalt ist, verloren haben, sie dagegen insoweit behalten, als sie für die Ausübung seiner Nutznießung erforderlich ist. Damit aber wäre die Gefahr häufiger Streitigkeiten zwischen ihm und dem im Uebrigen die Verwaltung führenden Pfleger gegeben. Der Vater soll daher nur die Herausgabe der Nutzungen verlangen dürfen. Das Gesetz hat sich nicht damit begnügt, ihm die eigene Ausübung durch eine Ordnungsvorschrift zu untersagen, sondern bedient sich des Wortlautes, „er *kann* die Nutznießung nicht ausüben"; Hand-

[1]) Motive bei Haiblen III S. 476. | [2]) Protokolle IV S. 638.

lungen, die er dennoch vornimmt, sind also unwirksam. Das Gesetz ist aber nicht so weit gegangen, den Vater auf ein bloßes Forderungsrecht zu beschränken, vielmehr steht ihm auch jetzt noch die Nutznießung selbst (im Gegensatz zu ihrer Ausübung) zu. Das trat in Entw. I § 1532 noch deutlicher zu Tage, wo gesagt war, „die letztere (die Nutznießung) ist für Rechnung des Inhabers der elterlichen Gewalt von dem Kinde durch den für die Vermögensverwaltung berufenen gesetzlichen Vertreter desselben auszuüben," ist aber auch nach dem jetzigen Wortlaute nicht zweifelhaft, da ihm ausdrücklich nur die Ausübung seines Rechtes genommen ist. Hiernach fallen die Früchte der zum Kindesvermögen gehörenden Sachen mit ihrer Trennung in sein Eigenthum[1]) und sind dem Zugriffe der Gläubiger des Kindes entzogen, wie sie andererseits von seinen eigenen Gläubigern gepfändet werden können, soweit nicht CPrO. § 862 entgegensteht[2]). Weiter ist hieraus zu schließen, daß ihm die gewöhnlichen mit seinem Rechte verbundenen Pflichten verbleiben, was § 1656 bestätigt, indem er ihm Anspruch auf die Früchte nur giebt, soweit nicht ihre Verwendung zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Vermögens und zur Bestreitung der Lasten der Nutznießung erforderlich ist. Das brauchte daher auch kaum hervorgehoben zu werden, verdient aber doch um deswillen Beachtung, weil der Umfang der väterlichen Verbindlichkeit derselbe bleibt wie bei eigener Ausübung der Nutzung, d. h. von dem Werthe der gewonnenen Früchte unabhängig ist. Sollten auch die Aufwendungen, die zur Bestreitung der ihm obliegenden Lasten erforderlich sind, den Betrag der ihm gebührenden Einkünfte übersteigen, so würde er doch persönlich für sie haftbar sein, so lange seine Nutznießung dauert[3]). So wenig wie die Ausübung seines Rechtes steht ihm aber die Vornahme der nothwendigen Ausbesserungen und Anschaffungen zu, die vielmehr Sache des Verwalters des Kindesvermögens ist. Dieser ist jedoch nicht befugt, die dabei vorkommenden Rechtsgeschäfte Namens des Vaters abzuschließen, da er nicht als gesetzlicher Vertreter des Vaters, als Pfleger für den aus den Einkünften und den mit ihnen zusammenhängenden Verpflichtungen bestehenden Theil seines Vermögens, angesehen werden darf. Das Kind ist hier auf einen Ersatzanspruch gegen den Vater

[1]) Vgl. oben § 12 I, 3 A. A. Fraenkel S. 153.
[2]) Vgl. oben § 12 IV.
[3]) Vgl. oben § 12 II, 5.

beschränkt, der aber von dem Pfleger durch Zurückhaltung der entsprechenden Beträge in der wirksamsten Weise geltend gemacht wird. Kommt es zu einem Streite darüber, ob die Abzüge gerechtfertigt waren, so ist das Kind beweispflichtig. Endlich ergiebt sich, daß der Gewalthaber die zum Schutze seines Rechtes dienenden Klagen insoweit nicht anstellen kann, als sie zur Vermögensverwaltung gehören, z. B. Klagen auf Herausgabe des Besitzes von Sachen oder gegen Beeinträchtigungen der Fruchtziehung. Soweit es sich dagegen nur um die Anerkennung seines Rechtes, namentlich gegenüber Pfändungen durch die Gläubiger des Kindes, oder um die Herausgabe der in sein Eigentum gefallenen Früchte handelt, ist er selber zum Rechtsstreite legitimirt.

Ist dem Vater die Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes durch das Vormundschaftsgericht entzogen (nicht aber bei seinem Konkurse), oder ruht seine elterliche Gewalt, so können die Kosten des Unterhaltes des Kindes aus den Nutzungen insoweit vorweggenommen werden, als sie ihm zur Last fallen (§ 1656 Abs. 2). Daß dies beim Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen unbedingt stattfinden müsse, ist nicht vorgeschrieben. Die Entscheidung liegt in den Händen des Gerichtes, da die betreffende Anordnung als ein Theil der von ihm nach § 1666 getroffenen Maßregeln erscheint.

Der die Verwaltung des Kindesvermögens führende Pfleger muß dem Vater Rechenschaft darüber ablegen, wie groß die Einkünfte an sich sind, und wieviel davon und aus welchen Gründen etwas abgezogen ist. Er muß daher auch zur Anwendung von Sorgfalt verpflichtet sein, und die Haftung für jegliches Verschulden desselben kann nicht durch die Berufung darauf abgewendet werden, daß der Gewalthaber in eigenen Angelegenheiten nicht so sorgsam zu sein pflege und deshalb eine eingetretene Schmälerung der Einkünfte aus dem Kindesvermögen auch bei eigener Verwaltung erlitten haben würde. Denn die Beschränkung der Haftung des Vaters ist nur zu dessen Gunsten angeordnet und darf nicht zu seinen Ungunsten verwerthet werden. Auch läßt sich nie mit Sicherheit behaupten, daß er nicht in diesem besonderen Falle sorgsamer gewesen sein würde. Ob für eine von dem Pfleger vorgenommene Handlung die Einwilligung des Vormundschaftsgerichtes hätte eingeholt werden müssen,

ist für die Ersatzpflicht bei eingetretenem Schaden dem Vater gegenüber nicht entscheidend. Vielmehr kommt es allein darauf an, ob die Schädigung durch Erwirkung der Genehmigung hätte vermieden werden können. Nur so viel wird man zuzugeben haben, daß die Erstattungspflicht durch das immerhin schuldvolle Verhalten des Pflegers zunächst begründet erscheint, und daß er den Gegenbeweis zu führen hat: die Beobachtung der gesetzlichen Schranken der Geschäftsführung würde den Schaden nicht abgewendet haben. Persönlich haftet der Pfleger dem Vater aber nur, falls sich seine Ersatzpflicht nach der Sachlage aus BGB. § 823 begründen läßt, insbesondere falls er bei Gelegenheit seiner Vermögensverwaltung dessen Eigenthum schuldvoll verletzt. Im Uebrigen richtet sich der Anspruch des Vaters auf Herausgabe der Nutzungen gegen das Kind, und dieses muß als eigentlicher Schuldner nach BGB. § 278 für seinen gesetzlichen Vertreter einstehen.

Als letzte Folge knüpft sich an die Ausschließung von der Ausübung der Nutznießung (nicht aber an das Ruhen der Gewalt) die Verpflichtung, solche Verbindlichkeiten, die in Folge der Nutznießung erst nach deren Beendigung zu erfüllen sein würden[1]), sofort zu erfüllen (§ 1657). Seine Befugnisse erleiden also in Bezug auf verbrauchbare Sachen eine Einschränkung im Vergleich zu ihrem gewöhnlichen Umfange und, da diese oft einen erheblichen Theil des Kindesvermögens bilden, unter Umständen im Ganzen eine erhebliche Einbuße.

V. Bei der Besprechung der unter I und II erwähnten Fälle hat sich ergeben, daß das Vormundschaftsgericht dem Vater nicht nur die Verwaltung, sondern auch die Nutznießung entziehen darf. An sich wäre es nun auch denkbar, nur den Verlust der Nutznießung eintreten zu lassen, während die Verwaltung dem Vater verbliebe. Allein zur Abwendung der dem Kinde drohenden Gefahren wäre diese Maßregel nicht geeignet. Praktisch wird also die Entziehung der Nutznießung immer nur in Verbindung mit derjenigen der Verwaltung verhängt.

VI. In allen Fällen, wo der Vater die Vermögensverwaltung verliert, mag er daneben die Nutznießung behalten oder nicht, hat

[1]) Vgl. § 12 I, 4.

er dem Kinde oder dessen Vertreter das Vermögen herauszugeben und über die Verwaltung Rechenschaft abzulegen (§ 1681)[1]).

VII. Vor jeder Entscheidung, durch die das Vormundschaftsgericht dem Vater die Sorge für die Person oder die Sorge für das Vermögen oder die Nutznießung nimmt oder wenigstens seine Befugnisse einschränkt, soll es ihn hören, es sei denn, daß die Anhörung unthunlich ist. Außerdem sollen Verwandte des Kindes, insbesondere die Mutter oder Verschwägerte, gehört werden, wenn es ohne erhebliche Verzögerung und ohne unverhältnißmäßige Kosten geschehen kann (§ 1673). Ein bestimmter Kreis von hierher gehörigen Personen ist nicht angegeben, ihre Auswahl steht daher im Ermessen des Gerichtes, ebenso die Art und Weise, in der sie gehört werden sollen. Etwaige Auslagen dieser Auskunftspersonen sind aus dem Kindesvermögen zu erstatten; ihr Betrag wird vom Vormundschaftsgerichte festgesetzt[2]).

VIII. Die Sorge für das Vermögen des Kindes oder auch die Sorge für seine Person kann nicht nur dem Vater aus den angeführten Gründen dauernd entzogen werden, sondern ihm auch, wie wir schon gesehen haben[3]), wegen eines Widerstreites ihrer Interessen in einzelnen Angelegenheiten nicht zustehen. In allen diesen Fällen muß an seine Stelle ein Pfleger treten. Dabei kann es sich nun ereignen, daß eine und dieselbe Angelegenheit sowohl den dem Vater verbliebenen Pflichtenkreis wie den auf den Pfleger übertragenen betrifft; z. B. der Vater hält zur Wiederherstellung der Gesundheit des Kindes eine Badereise für nothwendig, der nach § 1638 bestellte Pfleger ist der gegentheiligen Ansicht und will deshalb nicht die erforderlichen Mittel dazu hergeben, während weitere Einkünfte nicht vorhanden sind. Alsdann gebührt bei Meinungsverschiedenheiten zwischen Beiden die Entscheidung dem Vormundschaftsgerichte, das aber stets nur der einen oder der anderen Meinung beitreten, nicht auch eine von beiden verschiedene Maßregel anordnen darf[4]).

---

[1]) Vgl. auch § 14 III.

[2]) BGB. § 1673 Abs. 2 i. V. m. § 1847 Abs. 2.

[3]) Vgl. § 9 III.

[4]) Motive zu § 1798 bei Haiblen III S. 687.

B. Beschränkung oder Entziehung von Vermögensrechten durch Verfügung Dritter.

I. Schon nach bisherigem Rechte war es zulässig, bei einer Zuwendung von Todeswegen oder einer unentgeltlichen Zuwendung unter Lebenden an ein Hauskind Anordnungen über die Verwaltung dieses Vermögens zu treffen. Sie erschienen rechtlich als Auflagen, wenn sie nach der Absicht des Erblassers oder Schenkers wirklich verbindlich und nicht bloß gute Rathschläge sein sollten, und konnten wie solche erzwungen werden. Aber thatsächlich war die Nöthigung zur Erfüllung nicht immer durchführbar, oder es war Niemand vorhanden, der an ihr ein Interesse hatte und für sie sorgte. Das BGB. § 1639 stellt dagegen das Kind unter den Schutz des Vormundschaftsgerichtes und legt diesem die Verpflichtung auf, falls der Vater den ihm gemachten Vorschriften [1]) nicht nachkommt, die zu ihrer Durchführung erforderlichen Maßregeln zu treffen. Daß durch die Zuwiderhandlung das Vermögen des Kindes gefährdet wird, ist nicht Voraussetzung. Von ihr kann z. B. keine Rede sein, wenn der Vater das zugewendete Capital in Staatspapieren anlegen soll und anstatt dessen sichere Hypotheken erwirbt. Dennoch werden als obervormundschaftliche Maßregeln die in § 1667 genannten (oben A II) in erster Linie in Betracht kommen, und auch hier muß es zulässig sein, ihm wegen Ungehorsams die Verwaltung dieses Vermögens zu entziehen. Doch kann dies nur im äußersten Nothfalle gestattet sein, wenn Befehle des Gerichtes und Ordnungsstrafen, die zu ihrer Durchführung verhängt werden, sich als unwirksam erweisen. Meistens wird schon die Androhung der Entziehung den Vater veranlassen, der gerichtlichen Verfügung nachzukommen.

Abweichungen von den Anordnungen des Zuwendenden sind dem Vater mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes gestattet, wenn ihre Befolgung das Interesse des Mündels gefährden würde. Ihre bloße Unschädlichkeit berechtigt die Behörde nicht zur Ertheilung der Erlaubniß. Bei Schenkungen genügt die Zustimmung des Schenkers, darf aber, solange er lebt und nicht zur Abgabe einer Erklärung

[1]) Daß auch die Mutter bei Zuwendungen an das Kind derartige Vorschriften geben kann, erhellt aus dem allgemein gehaltenen Wortlaute des § 1639 und ist in der Kommission ausdrücklich anerkannt, vgl. Protokolle IV S. 559.

dauernd außer Stande ist, und solange sein Aufenthalt auch nicht dauernd unbekannt ist, nicht durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden[1]).

II. Gleichfalls dem bisherigen Rechte entsprechend erstreckt sich die Verwaltung des Vaters nicht auf das Vermögen, welches das Kind von Todeswegen erwirbt, oder welches ihm unter Lebenden von einem Dritten unentgeltlich zugewendet wird, wenn der Erblasser durch letztwillige Verfügung, der Dritte bei der Zuwendung bestimmt hat, daß der Erwerb der Verwaltung des Vaters entzogen sein soll (§ 1638). Die Anordnung muß in formeller Beziehung den für Testamente oder für Schenkungen vorgeschriebenen Erfordernissen[2]) entsprechen. Erstere kann folglich nur von einer Person ausgehen, die ein Testament zu errichten vermag[3]). Dagegen braucht der Erwerb von Todeswegen selbst nicht auf einer letztwilligen Verfügung zu beruhen, sondern kann kraft gesetzlicher Erbfolge eintreten. Auch auf den dem Kinde gebührenden Pflichttheil kann die Bestimmung sich beziehen, da das Gesetz davon ausgeht, daß das Kind nicht durch sie belastet oder beschränkt werde, vielmehr in seinem Interesse eine von der gesetzlichen Bestimmung abweichende Regelung der elterlichen Gewalt in einer gewissen Beziehung bezielt sei[4]). Wenn die Motive weiter bemerken, daß die Sache allerdings dann anders liege, wenn der Dritte die Anordnung in der Form einer wirklichen Bedingung oder Auflage getroffen haben sollte, so ist das richtig, darf aber nicht dahin mißverstanden werden, daß es auf den bloßen Wortlaut ankomme. Denn der Grund der abweichenden Behandlung kann nur darin gefunden werden, daß er selber seine Anordnung als eine Belastung des Kindes aufgefaßt wissen will. Ob dies wirklich seine Meinung war, muß durch Auslegung festgestellt werden und ist im Zweifel nicht anzunehmen, sollte er auch Ausdrücke wie „unter der Bedingung, daß" u. ähnl. gebraucht haben. Zur Anwendung

---

[1]) BGB. § 1639 Abs. 2 i. V. m. § 1803 Abs. 2, 3. Fraenkel S. 150 und 163 (unter Nr. 8) nimmt an, daß beim Vorliegen der materiellen Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Abweichung die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes nicht erforderlich sei. Die Verweisung auf § 1803 Abs. 2 in § 1639 muß aber doch wohl auf das Erforderniß der Genehmigung mitbezogen werden.

[2]) BGB. §§ 518, 2229 ff.

[3]) BGB. § 2229 Abs. 2, 3, § 2230.

[4]) Motive bei Haidlen III S. 463, vgl. auch S. 114.

der Vorschriften des BGB. § 2306 wird es hiernach nur selten kommen.

Das Nutznießungsrecht des Vaters an dem Vermögen, das dem Kinde in dieser Weise zugefallen ist, bleibt unangetastet; für die Verwaltung dagegen muß nach BGB. § 1909 ein Pfleger bestellt werden. Auch nicht einmal vorläufig bis zu dessen Einsetzung gebührt sie dem Vater. Nimmt er dennoch einzelne Verwaltungshandlungen vor, so sind sie als Geschäftsführung ohne Auftrag zu behandeln. Da ferner in Bezug auf dieses Vermögen die Voraussetzungen des § 1656 vorliegen, so finden bei ihm die oben unter A IV erwähnten Bestimmungen Anwendung; nur dürfen nicht aus den Nutzungen die Kosten des Unterhalts des Kindes vorweg entnommen werden.

Für das hier in Frage stehende Vermögen gilt das sogen. Surrogationsprincip, d. h. Alles, was auf Grund eines zu ihm gehörenden Rechtes, z. B. an Früchten oder Zinsen oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zu ihm gehörenden Gegenstandes oder durch ein Rechtsgeschäft, das sich auf das Vermögen bezieht, z. B. durch Verkauf oder bei Gelegenheit der Auseinandersetzung einer Gemeinschaft, von dem Kinde erworben wird, gelangt in dieselbe rechtliche Lage, ist gleichfalls der Verwaltung des Vaters entzogen (§ 1638 Abs. 2). Die zu dieser Masse zu rechnenden Güter bilden ein Sondervermögen, das von dem übrigen Vermögen zu unterscheiden ist und ihm so selbständig gegenübersteht, daß zwischen beiden Rechtsgeschäfte möglich sind[1]). Dieses Surrogationsprincip bildet das Gegenstück zu der früher besprochenen Aus-

---

[1]) Fraenkel S. 144 Anm. 6 hält den Vater für befugt, das Kind in Rechtsstreitigkeiten gegen den Verwalter des Vermögens, z. B. wegen Rechnungslegung, zu vertreten. Das scheint mir unzutreffend. Ist das Kind durch schlechte Verwaltung geschädigt worden, so gehört sein Ersatzanspruch zu Folge des Surrogationsprincips zu dem der väterlichen Verwaltung nicht unterliegenden Vermögen, so daß die Vertretungsbefugniß des Vaters ausgeschlossen ist. Die Klage auf Rechnungslegung aber dient zur Vorbereitung des Ersatzanspruches und gehört um deswillen ebenfalls zu dem Sondervermögen. Auch dürfte diese Auffassung besser dem Zwecke des Gesetzes entsprechen. Als Beweggrund für die Verfügung ist doch immer Besorgniß vor dem Eigennutz oder dem Leichtsinn oder der Nachlässigkeit des Vaters zu denken. Diese Eigenschaften aber können auch schon in der Führung des Rechtsstreites gegen den Pfleger wirksam werden und eine Schädigung des Kindes hervorrufen.

gleichungspflicht, die eintritt, wenn aus dem einen Vermögen Schulden bezahlt sind, die rechtlich auf dem anderen lasten (oben § 12 II 4). Beiden liegt gleichmäßig der Gedanke zu Grunde, daß der Werth der einen Masse nicht durch Zufälligkeiten oder willkürliche Handlungen zu Gunsten der anderen verringert werden soll. Dagegen enthält § 1639 (oben I) keine ähnliche Bestimmung. Was dem Kinde nur unter Anordnung einer Einschränkung des väterlichen Verwaltungsrechtes zugewendet wird, bleibt ein bloßer Theil des einheitlichen Kindesvermögens und unterliegt an sich dem Surrogationsprincip nur insoweit, als die mit Mitteln des Kindes angeschafften beweglichen Sachen im Zweifel nach § 1646 unmittelbar in sein Eigenthum übergehen (oben § 11 III), während für verbrauchbare Sachen § 1653 anwendbar bleibt (oben § 12 I 4). Eine Ausnahme muß in letzterer Beziehung aber gemacht werden, sobald das Verbrauchs- oder Veräußerungsrecht des Vaters mit den vom Erblasser oder Schenker getroffenen Anordnungen in Widerspruch treten würde. Und man wird auch weiter annehmen müssen, daß, soweit sie sich nach der Absicht des Zuwendenden nicht nur auf ein Vermögensstück in seiner jetzigen Gestalt beziehen sollen, das Surrogationsprincip gleichfalls Platz greift. Hiernach erstreckt sich zwar, wenn z. B. bestimmt ist, daß eine dem Kinde vermachte Sache nicht veräußert werden solle, weil sie ein Familienerbstück sei, die Unveräußerlichkeit nicht auf den bei ihrer Zerstörung an ihre Stelle tretenden Ersatzanspruch. Ist dagegen vorgeschrieben, daß dem Kinde geschenkte Hypothekenscheine nicht gekündigt werden sollen, und zwar offensichtlich in der Absicht, die Anlegung des Capitals in andersartigen Werthen zu untersagen, so darf der Vater bei ihrer Rückzahlung nach Kündigung durch den Schuldner auch die an Stelle der alten Hypotheken erworbenen neuen nicht kündigen.

III. Endlich kann die Nutznießung des Vaters durch Verfügung eines Dritten ausgeschlossen werden (§ 1651 Abs. 2)[1]). Auch hier

[1]) Das Erkenntniß bei Seuffert XII Nr. 43 hat eine solche Anordnung in einer testamentarischen Verfügung gefunden, die dahin lautete, keiner der eingesetzten Erben (Neffen) solle vor erlangter Volljährigkeit über das ihm zufallende Kapital disponiren, vielmehr nur über die Zinsen frei schalten und walten können. Diese Auslegung ist wohl recht bedenklich, wenn auch im Allgemeinen die Anordnung nur dem Sinne, nicht dem Wortlaute des Gesetzes zu entsprechen braucht.

ist Erwerb von Todeswegen oder durch unentgeltliche Zuwendung unter Lebenden vorausgesetzt, und im ersteren Falle muß die Bestimmung, daß das Vermögen der Nutznießung entzogen sein solle, durch letztwillige Verfügung, im zweiten *bei* der Zuwendung getroffen werden. Offensichtlich liegt die Sache ganz ähnlich wie bei den unter II besprochenen Anordnungen, nur beziehen sie sich hier auf die Nutznießung anstatt auf die Verwaltung. Es kann deshalb auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden, insbesondere rücksichtlich der Frage, ob das Pflichttheilsrecht des Kindes einer derartigen Anordnung entgegensteht.

C. Freies Vermögen des Kindes.

Freies Vermögen nennt das Gesetz (§§ 1650. 1651) dasjenige, welches von der elterlichen Nutznießung ausgeschlossen ist. Dies kann auf der Verfügung eines Dritten oder auf gesetzlicher Anordnung beruhen. Das in erster Weise erworbene Vermögen des Kindes entspricht den bona adventicia irregularia des gemeinen Rechtes; das von Gesetzes wegen freie Vermögen ist an die Stelle des peculium castrense und quasi castrense getreten. Aber auch bei diesem wird das Hauskind nicht mehr wie ein voll Verfügungsfähiger behandelt. Beide Gattungen unterscheiden sich rechtlich nicht; das eine wie das andere steht unter der Verwaltung des Vaters, der die Sorge für das Vermögen in der gewöhnlichen Weise behält, solange sie ihm nicht aus einem besonderen Grunde verloren geht. Im Einzelnen gehören hierher

1. der unter B III besprochene Erwerb.

2. Kraft Gesetzes fallen in das freie Vermögen die ausschließlich zum persönlichen Gebrauche des Kindes bestimmten Sachen, insbesondere Kleider, Schmucksachen und Arbeitsgeräthe. Ob Pathengeschenke zu ihnen zu rechnen sind, läßt sich nur im einzelnen Falle entscheiden. Kinderbecher, Eßbestecke und ähnliche Gegenstände sollen nach der Absicht des Gebers wohl immer zum persönlichen Gebrauche des Kindes dienen. An Geldgeschenken ist dagegen im Zweifel die Nutznießung des Vaters nicht ausgeschlossen, doch kann auch die entgegengesetzte Meinung als der Gabe zu Grunde liegend nach den Umständen zu vermuthen sein, z. B. bei Spareinlagen, wenn nach den Einrichtungen der Kasse die Zinsen regelmäßig nicht ausgezahlt, sondern gutgeschrieben werden. Von wem das Vermögensstück her-

rührt, ist an sich gleichgültig, doch liegt bei Gegenständen, die von den Eltern gegeben werden, häufig überhaupt nicht die Absicht vor, daß sie in dauernder Weise ausschließlich zum Gebrauche des Kindes verwendet werden sollen. Man denke nur daran, wie oft Kleidungsstücke und Aehnliches von den älteren Geschwistern auf die jüngeren „vererben".

3. Freies Vermögen ist nach dem Gesetze endlich, was das Kind durch seine Arbeit oder durch den selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes erwirbt[1]). Damit ist über den Kreis des gemeinrechtlichen peculium castrense und quasi castrense weit hinausgegangen. Nicht nur durch bestimmte Arten des Erwerbes mittels eigener Thätigkeit kann das Kind Vermögen erlangen, das der elterlichen Nutznießung entzogen ist; auch macht es keinen Unterschied, ob es sich um geistige oder körperliche Thätigkeit handelt. Dagegen ist nothwendige Voraussetzung, daß das Kind überhaupt für sich selbst erwerben will und nicht bloß für seine Eltern arbeitet. Der Lohn für Dienste, die es nach § 1617 (oben § 7 V 2) in deren Geschäfte Dritten leistet, fällt nicht in sein freies Vermögen, sondern gehört den Eltern, und zwar vollständig, nicht nur der Nutznießung nach. Zu beachten ist jedoch, daß durch die angezogene gesetzliche Bestimmung das Maß dieser Dienste beschränkt ist. Was das Kind darüber hinaus leistet und verdient, verbleibt ihm und kommt den Eltern nur nach Maßgabe der §§ 1618. 1619 (oben § 7 VI) zugute. Zweifelhaft ist, ob auch Ansprüche für entgangenen Gewinn zum Erwerbe durch Arbeit zu rechnen sind[2]). Insofern sie sich auf einen Dienstvertrag gründen und z. B. wegen ungerechtfertigter Entlassung erhoben werden, ist die Frage wohl zu bejahen, wenn sie auch nicht eigentlich durch Arbeit erworben sind. Denn sie stellen immer-

[1]) Händigt ein Kind seinen Eltern derartigen Erwerb ein, ohne sich darüber auszusprechen, in welcher Absicht es dies thut, so bleibt oft zweifelhaft, ob diese bloße Beauftragte sein, z. B. das Geld auf die Sparkasse bringen sollen, oder ob der Vater die vollständige Verwaltung haben oder ob er berechtigt sein soll, es zur Bestreitung der Kosten des Haushaltes zu verwenden. Gehört das Kind nicht mehr dem elterlichen Hausstande an, so ist Ersteres zu vermuthen; anderenfalls findet § 1619 Anwendung, § 1618 dagegen nur, wenn der Zweck der Verwendung für den Haushalt ausdrücklich ausgesprochen ist.

[2]) Vgl. Reichsgericht 26 S. 123. Ein Hausſohn hatte durch einen Unfall in der Eisengießerei des Beklagten eine Beeinträchtigung seiner Erwerbsfähigkeit erlitten.

hin eine Entschädigung für Dienste dar, die das Kind zu leisten bereit und in der Lage war, und die anzunehmen der Herr sich nur durch seine eigene Handlungsweise außer Stand gesetzt hatte. Anders dagegen sind Ersatzansprüche für Verletzungen, durch die das Kind arbeitsunfähig gemacht worden ist, zu beurtheilen. Diese gehen aus einer Vermögensbeschädigung hervor, die sich ihrem Wesen nach nicht von anderen Beeinträchtigungen von Vermögensgütern unterscheidet. Daß Klagen aus unerlaubten Handlungen zum unfreien Kindesvermögen gehören, bedarf keines Beweises. Dieser Grundsatz muß auch hier gelten, und die durch das Delict verursachte Arbeitsunfähigkeit steht im Verhältnisse des Kindes zum Vater einer zufällig eingetretenen gleich: das Kind vermag in Folge ihrer kein freies Vermögen zu erwerben. — Der selbständige Betrieb eines Erwerbsgeschäftes ist, da der Gewaltuntergebene noch minderjährig ist, nur mit Ermächtigung des Vaters und mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes zulässig (BGB. § 112). Würde das Kind ein eigenes Geschäft ohne die erforderliche Erlaubniß betreiben, so würde ihm zwar auch der Lohn seiner Arbeit zufallen, aber nach dem Wortlaute des § 1651 Nr. 1 würden nicht alle seine Einnahmen freies Vermögen werden. Denn sie stellen zum Theil nur die Umwandlung schon vorhandenen Capitals in eine andere Gestalt dar. Insoweit bilden sie dann keinen Erwerb aus Arbeit, wenn auch aus dem Betriebe des Erwerbsgeschäftes, und da das Gesetz nur den Erwerb aus einem Betriebe, der nach § 112 gestattet ist, für freies Vermögen erklärt, so gehört dieser Theil der Einnahmen nicht dazu. Durch die Ertheilung der Erlaubniß kann der Vater eine ihm bis dahin zustehende Nutznießung verlieren. Denn wenn er dem Kinde gestattet, unfreies Gut als Betriebscapital für das Geschäft zu verwenden, so setzt es sich mit der Zeit in freies Vermögen um. Ebenso würde ein Darlehn, das dem Kinde gegeben wird, an sich unter das unfreie Gut und unter die elterliche Nutznießung fallen. Ist es aber für das Erwerbsgeschäft gewährt, so wird es freies Vermögen. Uebrigens steht es dem Gewalthaber frei, seine Ermächtigung an die Bedingung zu knüpfen, daß ihm die Nutznießung in dem gewöhnlichen Umfange oder wenigstens theilweise verbleibt. Nur zwingen praktische Rücksichten dazu, ihm die Gestalt einer Verzinsung zu gewähren, da er nach der Natur der Sache nicht die ihm sonst zustehende Verwaltung behalten kann. Daß dies nur für das Geschäfts-

vermögen gilt und sich im Uebrigen an den Rechtsverhältnissen zwischen Vater und Kind nichts ändert, versteht sich von selbst.

Für Vermögen der unter 1 und 3 aufgeführten Art gilt das oben erwähnte Surrogationsprincip (§ 1651 Abs. 2); bei Gegenständen, die zum persönlichen Gebrauche des Kindes bestimmt sind, ist dagegen für seine Anwendung kein Raum.

§ 14.

5. Ruhen und Beendigung der elterlichen Gewalt.

Während die im vorigen Paragraphen angeführten Gründe eine Beschränkung in dem Umfange der elterlichen Rechte hervorrufen, bringen andere Thatsachen ein Aufhören der Gewalt für eine gewisse Zeitdauer (Ruhen der G.) oder für immer (Beendigung der G.) mit sich[1]). Diese letzte Gruppe hebt sich sehr deutlich von den beiden anderen ab, da bei ihr die Gewalt auch dem Rechte nach verloren geht, während sie beim Ruhen an sich dem Gewalthaber zusteht und er nur nicht befugt ist, sie auszuüben (§ 1678). Schwieriger ist es, das begrifflich unterscheidende Merkmal der beiden anderen zu finden. Denn der Gewalthaber behält beim Ruhen seine Nutznießung; der Wirkung nach tritt also nur eine Beschränkung seiner Befugnisse ein. Auch daß die hierher gehörenden Ereignisse kein schuldvolles Handeln des Vaters enthalten, vielmehr bei ihnen ein natürliches oder rechtliches Hindernis für die Ausübung der elterlichen Rechte und Pflichten vorliegt, ist nicht maßgebend, da Beschränkungen durch Konkurs und Verfügungen Dritter ebenfalls kein Verschulden voraussetzen. Als entscheidend dürfte daher anzusehen sein, daß das Ruhen der Gewalt mit der betreffenden Thatsache entsteht, deren Vorliegen höchstens durch einen gerichtlichen Beschluß festgestellt zu werden braucht, so lange dauert, wie der durch die Thatsache hervorgerufene Zustand anhält, und mit dessen Wegfall von selbst aufhört. Dagegen beruhen die Beschränkungen auf einer richterlichen Anordnung und können nur durch eine solche beseitigt werden. Eine Ausnahme macht allein der Konkurs des Gewalthabers; aber letzterer erlangt immerhin bei der Aufhebung des Verfahrens seine Rechte nicht ohne

[1]) Die das Ruhen oder die Beendigung der elterlichen Gewalt hervorrufenden Thatsachen wirken ganz in der gleichen Weise bei den an Kindesstatt Angenommenen.

Weiteres zurück, sondern nur durch eine Uebertragung seitens des Gerichtes, die nach Ermessen gewährt und versagt werden kann. Außerdem ließe sich anführen, daß der Umfang der Beschränkungen wechseln kann, beim Ruhen dagegen ein für allemal gesetzlich feststeht.

I. Im Einzelnen ruht die elterliche Gewalt,

1. wenn der Vater geschäftsunfähig (§ 1676 Abs. 1), d. h. geisteskrank ist. Ob eine Entmündigung stattgehabt hat oder nicht, bleibt ohne Einfluß, falls die Krankheit einen die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistesthätigkeit mitsichbringt[1]). Ist sie nicht von solchen Folgen begleitet, so tritt die Geschäftsunfähigkeit erst mit der Entmündigung[2]), genauer mit der Bestellung des Vormundes für den Entmündigten ein[3]). Das Ruhen dauert, wenn der Gewalthaber nicht entmündigt war, bis zu eingetretener Besserung, anderenfalls bis zur Wiederaufhebung der Entmündigung[4]);

2. wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt[5]), d. h. minderjährig[6]) oder wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt oder, nachdem ein Entmündigungsantrag gegen ihn gestellt ist, zur Abwendung einer erheblichen Gefährdung seiner Person oder seines Vermögens unter vorläufige Vormundschaft gestellt ist, oder endlich, wenn er einen Pfleger für seine Person und sein Vermögen erhalten hat, weil er in Folge eines körperlichen Gebrechens, insbesondere wegen Taubheit, Blindheit oder Stummheit, seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag (§ 1676 Abs. 2). Bei vor-

[1]) BGB. § 104 Nr. 2.

[2]) BGB. § 104 Nr. 3.

[3]) CPrO. § 661, vgl. auch BGB. § 1789. Daß der Entmündigte noch unter elterlicher Gewalt oder schon unter Vormundschaft steht, kommt bei dem Inhaber der elterlichen Gewalt nicht in Betracht, weil dann seine Gewalt schon aus diesem Grunde ruht.

[4]) Der Wiederaufhebungsbeschluß ist nach CPrO. § 678 dem Antragsteller, dem Entmündigten und dem Staatsanwalt zuzustellen. Als entscheidend muß in Beihalt des § 16 Freiw. Gerichtsb. die Zustellung an den Entmündigten angesehen werden. Ist der Entmündigungsbeschluß durch Anfechtungsklage beseitigt oder die Wiederaufhebung durch Klage beim Landgericht erreicht, so hört das Ruhen mit der Rechtskraft des Urtheils auf, vgl. CPrO. §§ 672, 679. Für den ersteren Fall ist aber auch BGB. § 115 zu beachten.

[5]) BGB. §§ 106, 114, 1906, 1910.

[6]) Dies kann nur bei einer verheiratheten Tochter vorkommen, auf welche die Gewalt gemäß § 1684 übergegangen ist.

handener Minderjährigkeit kann die elterliche Gewalt von Anfang an nicht ausgeübt werden; die Entmündigung wegen Geistesschwäche u. s. w. wird mit der Zustellung an den Entmündigten wirksam [1]), die Stellung unter vorläufige Vormundschaft wegen Geisteskrankheit mit der Bestellung des Vormundes, sonst mit der Bekanntmachung an den zu Entmüdigenden [2]), endlich im Falle des § 1910 mit der Bestellung des Pflegers [3]) [4]). Das Ruhen hört auf mit eintretender Volljährigkeit, mit der Rechtskraft des die Entmündigung wiederaufhebenden Beschlusses [5]), mit der Bekanntmachung an das vorläufig unter Vormundschaft gestellte Mündel [6]), mit der Zustellung des die Pflegschaft aufhebenden Beschlusses an den Pfleger [7]);

3. wenn von dem Vormundschaftsgerichte festgestellt wird, daß der Vater auf längere Zeit an der Ausübung der elterlichen Gewalt thatsächlich verhindert ist (§ 1677). Diese wird alsdann möglicherweise nach § 1685 von der Mutter ausgeübt [8]). Falls sie nicht mehr lebt oder unfähig zur Erfüllung der elterlichen Pflichten ist, oder wenn die Voraussetzungen des § 1685 nicht vorliegen, so muß eine Vormundschaft für das Kind angeordnet werden [9]). Das Ruhen der elterlichen Gewalt des Vaters tritt mit der Bestellung des Vormundes ein, hat jedoch während seiner Verhinderung die Mutter die Gewalt auszuüben, mit der Bekanntmachung der Verfügung an sie, und es dauert bis zur Bekanntmachung der gegentheiligen Feststellung an den Vater oder die Mutter [10]).

In allen diesen Fällen behält der Vater, wie schon erwähnt, die Nutznießung am Kindesvermögen [11]), verliert dagegen für die Dauer des Zustandes die Sorge für die Person des Kindes und die Sorge für sein Vermögen. Jedoch verbleibt ihm bei der zweiten

[1]) CPrO. § 661 Abs. 2, § 683.

[2]) Freiw. Gerichtsb. § 52.

[3]) BGB. §§ 1910, 1789.

[4]) Fraenkel S. 127 behauptet, daß auch in diesen Fällen das Ruhen schon mit dem thatsächlichen Eintritte der Beschränkung der Geschäftsfähigkeit beginne. Diese Ansicht läßt sich aus den Gesetzen nicht begründen.

[5]) CPrO. §§ 678, 685. Wird die Aufhebung im Wege der Klage beim Landgericht erreicht, so endet das Ruhen mit der Rechtskraft des Urtheils, vgl. CPrO. §§ 679, 684, 686 i. V. m. 672.

[6]) Freiw. Gerichtsb. § 62.

[7]) BGB. § 1920, Freiw. Gerichtsb. § 16. Darüber, daß die Zustellung an den Pfleger entscheidet, vgl. die Motive zu dem letzteren Gesetze.

[8]) Vgl. § 15 II.

[9]) BGB. § 1773.

[10]) Freiw. Gerichtsb. § 51.

[11]) Vgl. aber auch § 15 II 2.

oben angeführten Möglichkeit die Sorge für die Person mit Ausnahme der Vertretung neben dem gesetzlichen Vertreter des Kindes, also vielleicht neben der Mutter; bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen ihnen geht allerdings die Meinung des Vertreters vor (§ 1676 Abs. 2)[1]). Da das Gesetz keine Ausnahme macht, bezieht sich die Vorschrift auch auf die Befugniß zur Stellung eines Strafantrages für das Kind, denn diese steht nur dem „gesetzlichen Vertreter" zu[2]), was eben der Vater trotz seiner Theilnahme an der Sorge für die Person nicht ist. Dabei ist es auch gleichgültig, ob die strafbare Handlung sich gegen das Vermögen richtete wie bei Diebstahl, Betrug[3]), oder unmittelbar gegen die Person, wie bei Ehebruch, Verführung eines unbescholtenen Mädchens unter 16 Jahren[4]). Ihm bleibt nichts weiter übrig, als einen Antrag auf Einschreiten des Vormundschaftsgerichtes zu stellen, wenn der Vormund seine Pflichten in dieser Beziehung vernachlässigt. Die bisher für Beleidigungen und Körperverletzungen bestehenden besonderen Bestimmungen[5]), die vielleicht eine andere Auffassung zugelassen hätten, sind durch EG. z. BGB. Art. 34 Nr. VI beseitigt, soweit sie Hauskinder betreffen. — Der Verlust der Vermögensverwaltung übt auf die Ausübung des dem Vater verbleibenden Nießbrauches die gewöhnlichen, oben § 13 A IV besprochenen Wirkungen aus.

II. Die elterliche Gewalt endigt[6])

1. dadurch, daß das Kind die Volljährigkeit erreicht (§ 1626). Diese tritt gewöhnlich mit Vollendung des 21. Lebensjahres ein[7]), kann jedoch ausnahmsweise schon früher (wenn nur das Kind das 18. Jahr vollendet hat) durch eine Volljährigkeitserklärung seitens des Vormundschaftsgerichtes herbeigeführt werden. Ein derartiger Beschluß ist nur mit Einwilligung des Kindes zulässig; außerdem ist die Einwilligung des Gewalthabers erforderlich, es sei denn, daß ihm weder die Sorge für die Person noch die Sorge für das Vermögen zusteht[8]). Hat demnach der Vater die elterliche Gewalt nach § 1680 verwirkt, und besteht seine Ehe mit der Mutter des Kindes

[1]) Vgl. auch unten § 15 IV 3.
[2]) StGB. § 65 Abs. 2.
[3]) StGB. §§ 247, 263 Abs. 4.
[4]) StGB. §§ 172, 182.
[5]) StGB. §§ 195, 232.
[6]) Verheirathung des Kindes und Anlegung einer selbständigen Wirthschaft sind vom BGB. nicht als Endigungsgründe anerkannt.
[7]) BGB. § 2.
[8]) BGB. §§ 3, 4.

fort, so fällt die Nothwendigkeit der elterlichen Zustimmung ganz hinweg. Ist dagegen die Ehe der Eltern aufgelöst, so steht das Recht zur Einwilligung gemäß § 1684 Nr. 2 der Mutter zu. Ist dem Vater die Gewalt auf Grund des § 1666 Abs. 2 in vollem Umfange abgesprochen, oder ist ihm nach § 1666 Abs. 1 die Sorge für die Person genommen und zugleich nach § 1670 die Vermögensverwaltung entzogen oder nach § 1647 verlorengegangen, so bedarf es gleichfalls seiner Einwilligung nicht. (Ein Uebergang seines Rechtes auf die Mutter nach § 1684 oder § 1685 kann hier nicht stattfinden.) Ruht die Gewalt des Vaters, so vermag er durch seinen Widerspruch die Volljährigkeitserklärung nicht zu hindern. Daß er an sich als Inhaber der elterlichen Gewalt angesehen wird und sogar die Sorge für die Person neben dem gesetzlichen Vertreter ausüben darf, steht dieser Ansicht nicht entgegen, denn die Sorge für das Vermögen fehlt ihm gänzlich, und seine Mitwirkung in den persönlichen Angelegenheiten beschränkt sich auf das geringe Maß, wie sie nach § 1634 unter gewöhnlichen Verhältnissen der Mutter neben dem Vater zusteht. So wenig nun daran gedacht werden könnte, aus diesem ihr durch das Gesetz verliehenen Rechte für sie einen entscheidenden Einfluß bei der Volljährigkeitserklärung abzuleiten, so wenig kann die entsprechende, dem Vater nach § 1676 Abs. 2 verbleibende Befugniß als Sorge für die Person im Sinne des BGB. § 4 genügen. Dagegen ist die Einwilligung der Mutter nothwendig, wenn sie nach § 1685 an Stelle des Vaters die Gewalt ausübt. Zweifelhaft ist die Entscheidung, falls es sich um eine bereits verheirathete Tochter handelt, oder falls bei Scheidung der Ehe der Eltern die Sorge für die Person des Kindes auf die Mutter übergegangen ist. Denn beide Male behält der Vater die Vertretung in den die Person betreffenden Angelegenheiten (§§ 1633, 1635), also wenigstens einen Theil der Sorge für die Person. Man muß ihm hier das Einwilligungsrecht zubilligen. Seine Vertretungsbefugniß ist nicht eine bloß formelle Macht und nach den Entschließungen eines Anderen auszuüben, wie die eines Bevollmächtigten, sondern er ist gesetzlicher Vertreter, und ihm steht bei den Geschäften, wo seine Mitwirkung erforderlich ist, die Entscheidung zu. Die Vorschrift des § 4 aber beruht auf dem Gedanken, daß der Gewalthaber um seine Einwilligung angegangen werden muß,

solange er in Angelegenheiten des Kindes eine entscheidende Stimme hat[1]).

2. Durch den Tod des Kindes, sowie dadurch, daß es für todt erklärt wird. Stellt sich später heraus, daß es noch lebt, so treten die Rechte des Vaters wieder in Wirksamkeit, und zwar mit rückwirkender Kraft, da sie in Wirklichkeit nie erloschen waren. Herausgabe des Kindesgutes und der daraus gezogenen Nutzungen kann er aber nur in dem durch BGB. § 2031 bestimmten Umfange verlangen.

3. Dadurch, daß das Kind von einem Anderen an Kindesstatt angenommen wird (§§ 1757, 1765). Durch diesen und den nächstfolgenden Endigungsgrund wird das Kind nicht wie sonst gewaltfrei, sondern kommt unter die Gewalt des Annehmenden oder seiner Mutter. Lebt diese freilich nicht mehr, so hört die elterliche Gewalt völlig auf. Umgekehrt kann sie in dem unter 5. zu erwähnenden Falle unter Umständen auf die Mutter übergehen[2]).

4. Dadurch, daß der Vater stirbt oder für todt erklärt wird (§ 1679). Maßgebend ist für das Ende der elterlichen Gewalt im letzteren Falle der Zeitpunkt, der nach BGB. als Zeitpunkt seines Todes gilt. Lebt er in Wirklichkeit noch, so ruht doch seine Gewalt nicht nur, solange er verschollen ist, und fällt ihm bei seiner Rückkehr keineswegs von selbst wieder an, vielmehr bedarf es hierzu einer von ihm dem Vormundschaftsgerichte gegenüber — nicht nothwendig mündlich und persönlich — abzugebenden Erklärung, daß er seine Rechte wieder ausüben wolle. Durch sie bestimmt sich zugleich der Zeitpunkt, wann er die Gewalt wiedererlangt. Rechtsgeschäfte, die von der Mutter oder dem Vormunde des Kindes inzwischen vorgenommen sind, bleiben gültig, und der Vater hat auf die in der Zwischenzeit gewonnenen Früchte keinen Anspruch.

5. Durch Verwirkung, wenn der Vater wegen eines an dem Kinde verübten Verbrechens oder vorsätzlich verübten Vergehens zu Zuchthausstrafe oder zu einer Gefängnißstrafe von mindestens 6 Monaten verurtheilt ist (§ 1680)[3]). Es liegt hier eine weitere Folgerung aus dem in § 1666 zum Ausdruck gelangten gesetz-

[1]) Ebenso Planck I, Erl. 3 zu § 4.
[2]) Vgl. § 15.
[3]) Ist seine Verurtheilung wegen Geisteskrankheit oder Flucht unmöglich, so tritt nur Ruhen der Gewalt nach § 1676 Abs. 1 oder § 1677 ein.

geberischen Gedanken vor, jedoch soll es, entsprechend der Schwere der Verfehlung, nicht erst einer Entziehung der elterlichen Gewalt bedürfen, sondern ihr Verlust von selbst eintreten. Von der Rechtskraft des die Verurtheilung aussprechenden Erkenntnisses[1]) an sind somit die Befugnisse des Vaters erloschen, und ihre thatsächliche weitere Ausübung bildet eine rechtswidrige Anmaßung, an die sich keine anderen Wirkungen knüpfen als die Verantwortlichkeit des Vaters für seine etwaigen Verfügungen und Handlungen[2]). Fischer-Henle[3]) wollen nur diejenigen Straſthaten hierher zählen, bei denen das Kind sog. nothwendiger Theilnehmer ist. In dieser Weise umschreiben allerdings die Motive[4]) die Handlungen, welche *an* dem Kinde begangen sind. Allein Entw. I § 1559 ließ die Verwirkung ganz allgemein „wegen eines gegen das Kind oder an dem Kinde verübten Verbrechens u. s. w." eintreten. Dieser Ausdruck ist von der 2. Kommission in der aus dem BGB. ersichtlichen Weise vereinfacht worden, ohne daß über die Gründe dieser Aenderung aus den Protokollen etwas erhellt. Es ist daher nicht anzunehmen, daß dabei eine sachliche Einschränkung beabsichtigt war, und zwar um so weniger, als bei Auslegung der Worte in jenem beschränkten Sinne sehr schwere Verfehlungen gegen das Kind, z. B. Mordversuch, schwere Körperverletzung, längere Freiheitsberaubung, keine Verwirkung der elterlichen Gewalt zur Folge haben würden. Zwar dürfte das Vormundschaftsgericht in derartigen Fällen auf Grund des § 1666 Abs. 1 gegen den Vater einschreiten, müßte ihm aber den Nießbrauch an dem etwaigen Kindesvermögen belassen. Daraus, daß nach dem Wortlaute des Gesetzes die strafbare Handlung *an* dem Kinde verübt sein muß, darf auch nicht geschlossen werden, daß sie sich gegen seine Person richten müsse, da kein feststehender gesetzgeberischer Sprachgebrauch in dieser Richtung besteht. Nur wird man nicht jede Handlung, durch die das Kind irgendwie benachtheiligt oder betroffen wird, für genügend halten dürfen, sondern verlangen müssen,

---

[1]) Begnadigung beseitigt die einmal eingetretene Wirkung des Urtheils nicht, da es sich nicht um eine Strafe im eigentlichen Sinne handelt, vgl. Protokolle IV S. 649.

[2]) Da somit leicht Schädigungen thatsächlich herbeigeführt werden können, so ist es angemessen, daß der Strafrichter dem Vormundschaftsgericht von der Verurtheilung des Vaters Anzeige macht, damit es die erforderlichen Maßregeln trifft.

[3]) Anm. 2 zu § 1680.

[4]) Haidlen III S. 510.

daß sie sich gegen ein Rechtsgut des Kindes richtet. Daher bleibt z. B. die falsche Anschuldigung ausgeschlossen, da sie als Vergehen gegen die Rechtspflege aufzufassen ist, aus demselben Grunde auch Begünstigung und Hehlerei in Bezug auf eine an dem Kindesgut begangene Straftat (vielleicht mit Ausnahme des Vergehens des StGB. § 259), auch wohl alle Arten der Urkundenfälschung, sowie Amtsverbrechen, von denen das Kind betroffen wird. In Betracht ommen dagegen vor Allem Körperverletzungen[1]), Angriffe auf die Sittlichkeit des Kindes[2]), Beleidigungen[3]), Verletzung des Personenstandes des Kindes[4]), Verletzungen der persönlichen Freiheit[5]), sowie alle Angriffe auf das Vermögen des Kindes, wie Raub und Erpressung[6]), die ja in Bezug auf das der elterlichen Verwaltung nicht unterliegende Vermögen denkbar sind, Betrug[7]), Untreue[8]), strafbarer Eigennutz[9]), der z. B. bei Anwendbarkeit des BGB. § 1657 vorkommen könnte, oder wenn eine nach BGB. § 1688 zu bestellende Sicherheit durch Verpfändung beweglicher Sachen geleistet ist, Sachbeschädigung[10]), auch wohl Brandstiftung und Herbeiführung einer Ueberschwemmung[11]), sowie Bankbruch[12]), doch ist schon recht zweifelhaft, ob die zuletzt genannten Straftaten noch hierher gehören. Freilich entsteht so das Bedenken, daß es unter Umständen ungewiß sein kann, ob eine Verwirkung stattgehabt hat oder nicht, weil der Kreis der betreffenden Verbrechen und Vergehen nicht fest begrenzt ist. Diese Unsicherheit wird aber auch nicht gehoben, wenn man den Wortlaut des Gesetzes in einem engeren Sinne auslegt. — Hat der Vater sich gleichzeitig mehrerer Verletzungen des Kindes schuldig gemacht, so muß mindestens eine der für die einzelnen Handlungen ausgeworfenen Strafen die Dauer von 6 Monaten

---

[1]) StGB. §§ 223–26, 229; auch der Versuch der Tödtung: StGB. §§ 211—14, 217, 218, und die vollendete Aussetzung, StGB. § 221.

[2]) StGB. §§ 173, 175, 176, 177, 181 Nr. 2, bei Adoptiveltern auch § 174 Nr. 1. Die nicht gewaltsame Vornahme unzüchtiger Handlungen mit leiblichen Kindern über 14 Jahre kann nur zum Einschreiten nach BGB. § 1666 Anlaß geben.

[3]) StGB. §§ 185—87.

[4]) StGB. § 169.

[5]) StGB. §§ 234, 239, 240.

[6]) StGB. §§ 249—55.

[7]) StGB. §§ 263, 264.

[8]) StGB. § 266.

[9]) StGB. §§ 288, 289.

[10]) StGB. §§ 303, 305.

[11]) StGB. §§ 306—308, 311, 313.

[12]) KO. §§ 209—12. Abweichend Fischer-Henle Anm. 3 zu § 1647.

erreichen[1]), ohne daß es auf die Gesammtstrafe ankäme. Denn nicht das gesammte Verhalten des Vaters gegen das Kind ist entscheidend, sondern die Schwere der einzelnen Verfehlung. Sonst könnte der zufällige Umstand von entscheidendem Einflusse werden, ob je nach der früheren oder späteren gerichtlichen Verfolgung die Voraussetzungen einer Gesammtstrafe vorliegen oder nicht. Der Wortlaut des Gesetzes („wegen eines Verbrechens") spricht jedenfalls nicht für die entgegengesetzte Ansicht, und die hier vertheidigte dürfte dem Grunde und Zwecke des Gesetzes am Angemessensten sein. Beim Zusammentreffen mit einer anderen, nicht gegen das Kind gerichteten strafbaren Handlung ist nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 1680 nicht die Gesammtstrafe maßgebend, sondern die Einzelstrafe, die für das an dem Kinde verübte Verbrechen oder Vergehen verwirkt ist[2]).

Ein weiterer Grund der Verwirkung liegt in der Eingehung einer nichtigen Ehe zwischen einer Person, die durch Annahme an Kindesstatt die elterliche Gewalt über eine andere erworben hat, und dieser letzteren, abgesehen von dem Falle, daß die Nichtigkeit auf einem Formmangel beruht und die Ehe nicht in das Heirathsregister eingetragen worden ist (§ 1771 Abs. 2, vgl. oben § 5 VII 2).

Die Verwirkung tritt nur im Verhältniß zu demjenigen Kinde ein, gegen das der Vater sich vergangen hat. Aber die sie begründende Handlung enthält immer zugleich ein ehrloses oder unsittliches Verhalten; ist es zugleich nach den vorliegenden Umständen so beschaffen, daß dadurch das geistige oder leibliche Wohl der übrigen Kinder gefährdet wird, so hat das Vormundschaftsgericht auf Grund des § 1666 Abs. 1 einzuschreiten. Dem Vater die Gewalt auch über sie entziehen darf es freilich nur, wenn auch die Voraussetzung des § 1666 Abs. 2 vorliegt (vgl. oben S. 217). — Bestand fortgesetzte Gütergemeinschaft zwischen dem Vater und dem

---

[1]) Anders die Motive bei Haidlen III S. 510.

[2]) Es ist denkbar, daß der Vater strafbare Handlungen gegen das Kind begangen hat, bevor er die elterliche Gewalt über dasselbe besaß, wenn es sich nämlich um ein uneheliches, später durch nachfolgende Ehe legitimirtes Kind handelt. Nach dem Sinne des § 1680 erwirbt er hier die Gewalt überhaupt nicht. Für die Ehelichkeitserklärung würde an sich dasselbe gelten, doch wird eine solche nach der Bestrafung des Vaters sicherlich zu Stande kommen.

verletzten Kinde, so kann dieses nunmehr auf deren Aufhebung klagen (§ 1495 Nr. 5).

Die nach § 1666 zulässige Entziehung der ganzen elterlichen Gewalt steht einer Verwirkung nahe, fällt aber nicht unter deren gesetzliche Begriffsbestimmung. Ein praktischer Unterschied zwischen beiden besteht darin, daß das Gericht dem Vater die entzogene Gewalt durch Abänderung seiner Anordnung nach § 1671 in größerem oder geringerem Umfange zurückzugewähren vermag, während die Folgen der Verwirkung nicht wieder rückgängig gemacht werden können.

Ein Verzicht auf die elterliche Gewalt ist unwirksam, weil sie nicht bloß ein Recht, sondern zugleich eine Pflicht bildet. Daher ist auch eine Emancipation im römischen Sinne heutzutage unmöglich. Dies gilt für die Mutter so gut wie für den Vater. Auch auf die Rechte nach § 1634 (oben § 10 a. A.), § 1676 Abs. 2 (oben S. 237) und § 1698 (vgl. unten § 15 V) kann aus demselben Grunde nicht rechtsgültig verzichtet werden.

III. Endigt oder ruht die elterliche Gewalt, oder hört aus einem anderen Grunde, z. B. durch Entziehung nach § 1666 Abs. 2, seine Vermögensverwaltung auf, so hat der Vater dem Kinde das Vermögen herauszugeben und über die Verwaltung Rechenschaft abzulegen (§ 1681). Damit kommt das Kind in die vortheilhafte Lage, erlittene Schädigungen leichter erkennen zu können. Ferner trifft nach allgemeinen Grundsätzen den Vater, wenn er das Vermögen nicht unversehrt zurückzuerstatten vermag, der Beweis, daß der Verlust ohne sein Verschulden eingetreten ist. Zur ordnungsmäßigen Rechnungslegung gehört nach BGB. § 259 eine Zusammenstellung der Einnahmen und der Ausgaben und die Vorlegung der Belege, soweit solche ertheilt zu werden pflegen. Ob es sich um die Verwaltung von freiem oder unfreiem Kindesgute handelt, ist an sich gleichgültig; es liegt aber in der Natur der Sache, daß, soweit dem Vater die Nutznießung zusteht, für die Rechnungslegung wenig Raum bleibt, es vielmehr nur auf die Darlegung ankommt, wieviel Vermögen vorhanden gewesen ist, und aus welchen Gründen einzelne Stücke nicht zurückgegeben werden können. Gemäß BGB. § 260 ist der Vater verpflichtet, über den Bestand des Vermögens ein Verzeichniß vorzulegen und, wenn Grund zu der Annahme besteht, daß das Verzeichniß nicht mit der erforderlichen Sorgfalt

aufgestellt worden ist, auf Verlangen einen Offenbarungseid zu leisten. Ebenso kann ein Offenbarungseid verlangt werden, wenn Grund zu der Annahme besteht, daß die in der Rechnung enthaltenen Angaben über die Einnahmen nicht mit der erforderlichen Sorgfalt gemacht sind, abgesehen von Angelegenheiten von geringer Bedeutung. Auch diese Verpflichtung fällt hinweg, soweit die Einnahmen dem Vater kraft seines Nutznießungsrechtes gehören.

IV. Es kann vorkommen, daß die Gewalt des Vaters beendet ist oder ruht, oder daß sein Recht zur Vermögensverwaltung aufhört, ohne daß er hiervon sofort Kenntniß erhält, z. B. wenn der Sohn als Matrose auf einer Seereise umkommt. An sich würden die von ihm nach dem betreffenden Ereignisse vorgenommenen Verfügungen und Geschäfte ungültig sein, nach § 1682 aber ist gültig, was er bis zu dem Zeitpunkte thut, wo er von der Thatsache Kenntniß erlangt oder sie kennen muß. Das hat zur Folge, daß er nicht nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag für jedes Verschulden haftet, sondern noch immer nach § 1664 nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hat, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, wie überhaupt die Rechtmäßigkeit der von ihm vorgenommenen Handlungen nach den für den Inhaber der elterlichen Gewalt maßgebenden Vorschriften zu beurtheilen ist. Aber eine Verpflichtung zur Weiterführung der Geschäfte besteht für ihn nicht; er darf daher auch nicht verantwortlich gemacht werden, wenn er sie aus bloßer Nachlässigkeit unterlassen hat. Er darf sich hierauf aber nur berufen, wenn er überhaupt gar nicht mehr thätig geworden ist; ist er nur im Einzelnen säumig gewesen, so bleibt er insoweit schadenersatzpflichtig. Auf die Gültigkeit der von ihm vorgenommenen Handlungen können sich auch Dritte berufen, müssen dann aber den Beweis des guten Glaubens des Vaters übernehmen. Eine Ausnahme tritt jedoch ein, wenn Jener ein *Rechtsgeschäft mit ihnen* vorgenommen hatte und *sie* dabei wußten oder wissen mußten, daß seine Befugniß zur Vermögensverwaltung aufgehört habe. Demnach handelt es sich nicht einfach um den Schutz gutgläubiger Dritter, sondern um eine wirkliche Berechtigung des Vaters, die allerdings zu Gunsten Dritter nur mit der angeführten Beschränkung wirkt. Daher muß auch das Kind die Gültigkeit der Handlung geltend machen und den Dritten, falls er sich von dem Rechtsgeschäfte befreien möchte, bei ihm festhalten dürfen. Durch den bösen Glauben

des Dritten entsteht so eine Art von negotium claudicans. Das Kind (oder sein gesetzlicher Vertreter) kann wählen, ob es auf Erfüllung des Geschäftes bestehen will oder nicht; der Dritte darf sie im ersteren Falle nicht verweigern, im letzteren nicht fordern. Aus demselben Grunde macht es auch keinen Unterschied, ob das Geschäft in einem Vertrage oder in einer einseitigen Willenserklärung bestand, und ob diese zu den empfangsbedürftigen gehörte oder nicht. Andererseits müssen aber in demselben Umfange Erklärungen der Dritten, die in gutem Glauben an den Vater gerichtet und von ihm angenommen wurden, zu Gunsten ihres Urhebers aufrechterhalten werden, sollte jetzt auch das Kind ein Interesse an ihrer Ungültigkeit haben [1]).

V. Endigt die elterliche Gewalt in Folge des Todes des Kindes, so hat der Vater diejenigen Geschäfte, mit deren Aufschub Gefahr verbunden ist, zu besorgen, bis der Erbe anderweit Fürsorge treffen kann. Vorausgesetzt ist hier, anders als im vorigen Falle, daß er von der Beendigung seiner Gewalt Kunde hat. Aber es ist gleichfalls keine Geschäftsführung ohne Auftrag anzunehmen, sondern eine Nachwirkung des Gewaltverhältnisses. Daher bestimmt sich die Haftung des Vaters nach § 1664.

§ 15.

6. Die elterliche Gewalt der Mutter.

I. Wie früher erörtert worden ist (vgl. oben S. 138 ff.), steht nach dem BGB. die elterliche Gewalt beiden Eltern nicht in dem Sinne gemeinsam zu, daß sie sie zusammen ausüben. Vielmehr nimmt der Mann eine so überwiegende Stellung ein, daß während der Dauer der Ehe er allein die Gewalt ausübt und die Mutter nur einen beschränkten Einfluß nach Maßgabe des § 1634 besitzt. Anders gestalten sich die Verhältnisse, wenn die Ehe aufgelöst ist, doch muß man hier unterscheiden, in welcher Weise dieses Ereigniß erfolgt.

1. Stirbt der Vater, so geht die Gewalt auf die Mutter über, auch wenn er selber seine Rechte schon vorher verwirkt hatte; in Bezug auf ein nachgeborenes Kind steht sie ihr also von vorne herein zu (§ 1684 Abs. 1 Nr. 1). Dem wirklichen Tode steht die

[1]) Vgl. BGB. § 164 Abs. 3.

Todeserklärung gleich. Die Mutter kann alsdann die Gewalt und namentlich die Nutznießung von dem sich aus BGB. § 18 ergebenden Zeitpunkte an in Anspruch nehmen (§ 1684 Abs. 2). Lebt der Vater noch, so kann er seine Rechte wiedererlangen[1]). Giebt er die dazu erforderliche Erklärung nicht ab, so muß ein Vormund für das Kind bestellt werden. Denn nach dem Sinne des § 1684 soll die Mutter nicht während bestehender Ehe und auch nicht bei Lebzeiten des Mannes (abgesehen von § 1684 Abs. 1 Nr. 2) Gewalthaberin werden. War ihre erste Ehe durch Schließung einer neuen nach § 1348 aufgelöst, so steht ihr die Gewalt mit Rücksicht auf § 1697 (unten IV) doch nicht zu[2]). Will oder kann der Vater die Gewalt nicht wiedererlangen, so kommt es also gleichfalls zu einer Vormundschaftsbestellung.

2. Die Ehescheidung der Eltern[3]) ist an sich einflußlos, und der Vater behält seine Rechte, soweit nicht etwa die Sorge für die Person der Kinder oder einzelner Kinder der Mutter zufällt (vgl. oben S. 154). Hatte aber der Vater seine Gewalt verwirkt, oder verliert er sie später auf diese Weise, so erwirbt Jene die Gewalt in ihrem ganzen Umfange (§ 1684 Abs. 1 Nr. 2). Besteht jedoch die Ehe der Eltern fort, so ist wieder für das durch die Verwirkung gewaltfrei gewordene Kind ein Vormund zu bestellen. Als Fall der Verwirkung kommt vor Allem die Begehung strafbarer Handlungen der in § 1680 erwähnten Art in Betracht, während bei der nach § 1771 Abs. 2 eintretenden Verwirkung[4]) nur selten alle erforderlichen thatsächlichen Voraussetzungen zusammentreffen. Der Uebergang der Gewalt auf die Mutter könnte nämlich nur stattfinden, wenn ein Ehepaar gemeinschaftlich ein Kind oder einer von ihnen das Kind des Anderen angenommen hätte, darauf geschieden wäre, und wenn alsdann der Mann die Adoptivtochter in nichtiger Ehe geheirathet hätte. Dagegen erwirbt die Mutter die Gewalt nicht, wenn das Vormundschaftsgericht dem Vater seine Rechte nach § 1666 entzieht[5]). Denn zunächst findet hier nicht immer ein vollständiger Verlust aller Rechte statt; eine Theilung der Befugnisse unter den Eltern kann aber aus § 1684 nicht abgeleitet werden. Sodann

[1]) Vgl. oben S. 239.

[2]) Dies ist übersehen von Fischer-Henle Anm. 5 zu § 1684.

[3]) Der Ehescheidung steht überall die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nach BGB. § 1575 gleich.

[4]) Vgl. oben S. 242.

[5]) Motive bei Haidlen III S. 518.

gebraucht das Gesetz den Ausdruck „Verwirkung" nur in dem Sinne eines von Rechtswegen eintretenden Verlustes, während nach § 1666 eine richterliche Verfügung nothwendig ist.

II. 1. Ist der Vater an der Ausübung der elterlichen Gewalt thatsächlich verhindert, so steht sie während der Dauer der Ehe der Mutter zu, mit Ausnahme der Nutznießung (§. 1685 Abs. 1)[1]). Entziehung der Gewalt nach § 1666 und ihre Verwirkung enthalten keine thatsächliche Verhinderung (und kein Ruhen der Gewalt) und können weder nach Abs. 1 noch nach Abs. 2 des § 1685 (s. unten) Rechte der Mutter begründen. Es würde sogar, von besonderen Ausnahmefällen abgesehen, der Absicht des Gesetzes widersprechen, wenn ihr in diesen Fällen während bestehender Ehe die Vormundschaft über das Kind übertragen würde. Ebenso verhält es sich, wenn der Vater das Kind wegen Widerstreites ihrer Interessen nicht vertreten kann. Dagegen gehört hierher die Verhinderung des Vaters durch Geistesschwäche, Trunksucht u. s. w., solange er nicht entmündigt oder vorläufig unter Vormundschaft gestellt ist. Werden diese letzteren Maßregeln gar nicht beantragt, so tritt ein Ruhen seiner Gewalt erst mit der Feststellung des Zustandes nach § 1677[2]) ein. Inzwischen bleibt die Mutter befugt, nach § 1685 Abs. 1 für ihn zu handeln. Eine dauernde Verhinderung wird hier nicht vorausgesetzt; vielmehr genügt jede Abwesenheit, z. B. in Folge einer kürzeren Reise, während der man sich mit ihm nicht in Verbindung setzen kann, oder Krankheit, die ihm die Besorgung geschäftlicher Angelegenheiten unmöglich macht, u. dergl. Von einer wirklichen Verhinderung kann aber nur die Rede sein, wenn man die Entscheidung des Vaters nicht einholen konnte und die betreffende Angelegenheit sich nicht aufschieben ließ[3]). Daraus ergiebt sich, daß,

[1]) Die Vorschrift des § 1656 Nr. 1, nach welcher der Vater beim Fehlen des Verwaltungsrechtes die Nutznießung nicht selber ausüben darf, greift hier nicht Platz, da man nicht sagen kann, daß ihm die Verwaltung nicht zusteht. Ihre Bedeutung liegt ja auch wesentlich darin, daß Eingriffe des Vaters in die Verwaltung, die er unter Berufung auf sein Nutznießungsrecht versuchen könnte, verhindert werden sollen. Hier sind sie aber schon durch die Umstände unmöglich gemacht. Anders verhält es sich bei dem im Texte weiter unten erwähnten Ruhen der Gewalt, das § 1656 in seinem ganzen Umfange anwendbar macht.

[2]) Vgl. oben S. 236.

[3]) Bunsen, Einführung in das BGB. III S. 140, hebt hervor, daß auch die Ausübung der dem Vater nach BGB. §§ 4 und 1777 zustehenden

wenn die Mutter während einer ihrer Meinung nach vorliegenden Verhinderung des Vaters eine Angelegenheit des Kindes besorgt, dies ungültig ist, falls dieser in derselben Angelegenheit thätig wird, z. B. während einer Reise von einem für das Kind wichtigen Ereignisse aus den Zeitungen Kunde erhält und die nöthigen Maßregeln ergreift. Alsdann ist allein das von ihm vorgenommene Rechtsgeschäft wirksam, mag auch die Mutter ihm zuvorgekommen sein und im entgegengesetzten Sinne gehandelt haben. War er dagegen wirklich außer Stande, das Geschäft zu besorgen, während es keinen Aufschub litt, so darf er nicht hinterher die Entscheidung der Mutter umstoßen, auch wenn sie seinen Wünschen widerspricht. Jene ist eben nicht seine unbeauftragte Vertreterin, sondern übt einstweilen die elterliche Gewalt aus eigenem Rechte und mit denselben Wirkungen aus wie der Mann. Dieselben Grundsätze finden beim Ruhen der Gewalt des Vaters [1]) Anwendung, jedoch gleichfalls nur während des Bestehens der Ehe.

2. Ist die Ehe dagegen aufgelöst, so hat das Vormundschaftsgericht nach § 1665 die erforderlichen Maßregeln zu ergreifen. Es kann insbesondere die Mutter zur Vormünderin oder Pflegerin über das Kind bestellen. Ruht aber alsdann die Gewalt des Vaters, und besteht keine Aussicht, daß der Grund des Ruhens wegfallen werde, so hat es der Mutter auf ihren Antrag die Ausübung der elterlichen Gewalt zu übertragen (§ 1685 Abs. 2). Die Mutter hat ein Recht darauf, hier mit der Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes betraut zu werden, und sie erhält nicht nur die beschränkten Befugnisse eines Vormundes, sondern die freiere Stellung des Gewalthabers. Von ihrem Antrage ist der Uebergang der Gewalt

---

Rechte auf die Mutter übergehe. Bei der Einwilligung zur Volljährigkeitserklärung dürfte aber doch nur höchst selten ein kurzer Aufschub unzulässig sein, und die Anwendung des § 1685 Abs. 1 auf diesen Fall ist um so bedenklicher, als die Mutter auf diese Weise die Möglichkeit erhielte, dem Vater seine Rechte, sehr gegen seinen Willen, ganz zu entziehen. Und die Ernennung eines Vormundes für das Kind ist überflüssig, solange die Mutter lebt; auch könnte sie, wenn der Vater während der Verhinderung stirbt, die gleiche Anordnung aus eigenem Rechte treffen; wird aber das Hinderniß gehoben, so kann ja der Vater immer noch die Ernennung vornehmen. Für den Fall länger dauernder Verhinderung dagegen oder des Ruhens der elterlichen Gewalt ist Bunsen in Bezug auf § 4 zuzustimmen.

[1]) Vgl. oben § 14 I.

auf die Mutter nur zu dem Zwecke abhängig gemacht, um zu vermeiden, daß er wider ihren Willen stattfindet. Sie erlangt in diesem Falle sogar die Nutznießung an dem Vermögen des Kindes[1]). Der hierdurch herbeigeführte Verlust für den Vater, der ihm vor Allem fühlbar wird, wenn er wegen Verschwendung oder Trunksucht entmündigt ist oder wegen körperlicher Gebrechen einen Pfleger erhalten hat, rechtfertigt sich dadurch, daß das Nutznießungsrecht vom Gesetzgeber als im Interesse der gesammten Familie liegend gedacht ist und unter den angegebenen Umständen die Frau gleichsam die Stellung des Familienoberhauptes erhält. Daneben verbleibt dem Vater ein Antheil an der Sorge für die Person des Kindes[2]), aber seine Stellung zu der Mutter ist gerade die umgekehrte wie gewöhnlich. Zur Vertretung des Kindes ist nur die Mutter berechtigt, und bei Meinungsverschiedenheiten geht ihr Wille vor. Immerhin ist nicht die elterliche Gewalt selbst auf sie übergegangen, sondern nur deren Ausübung. Fällt der Grund, der die Uebertragung veranlaßte, hinweg, so erlangt der Vater von selbst seine Befugnisse wieder. Selbst wenn das Ruhen seiner Gewalt dadurch hervorgerufen war, daß das Gericht seine längere thatsächliche Verhinderung an ihrer Ausübung festgestellt hatte, bedarf es nur der entgegengesetzten Feststellung, nicht auch einer Zurückübertragung der Gewalt. Und stirbt während ihrer Ausübung durch die Mutter der Vater, so geht die Gewalt auf Grund des § 1684 dem Rechte nach auf sie über. Diese Grundsätze gelten auch für die Ausübung der Gewalt nach § 1685 Abs. 1, jedoch kann die Mutter hier nach Scheidung der Ehe die Ausübung unter den eben besprochenen Voraussetzungen nach § 1685 Abs. 2 wiedererlangen.

III. Der Umfang der aus der elterlichen Gewalt sich ergebenden Rechte und Verpflichtungen der Mutter stimmt im Allgemeinen mit dem Inhalte der Gewalt des Vaters überein (§ 1686)[3]). Nur steht ihr, wie schon hervorgehoben, bei bloßer Ausübung der Gewalt nach § 1685 Abs. 1 die Nutznießung nicht zu. Die wichtigste Abweichung liegt jedoch darin, daß ihr unter Umständen von dem Vormundschaftsgerichte[4]) ein Beistand zu bestellen ist.

[1]) Ueber den Einfluß dieses Umstandes auf die Unterhaltspflicht des Vaters vgl. oben S. 118.

[2]) Vgl. oben S. 237.

[3]) Auch die Auslegungsregel des § 1625 findet auf sie Anwendung.

[4]) Zuständigkeit nach Freiw. Gerichtsb. § 43.

1. Dies muß geschehen

a) wenn der Vater es angeordnet hat (§ 1687 Nr. 1). Allerdings darf er nie die Rechte der Mutter durch die Ernennung eines Vormundes nach BGB. § 1777 völlig ausschließen. Denn diese Vorschrift gewährt ihm nur die Befugniß zur Benennung eines Vormundes, setzt also voraus, daß die Bestellung einer Vormundschaft im Allgemeinen nothwendig ist. Der hierfür maßgebende § 1773 gestattet aber diese Maßregel nicht, wenn die Mutter den Vater überlebt und nicht unfähig zur Ausübung ihrer Rechte ist. Dagegen darf er die Befugnisse der Mutter durch Anordnung einer Beistandschaft einschränken, falls ihm zur Zeit seines Todes das Recht zur Vertretung des Kindes in den die Person und in den das Vermögen betreffenden Angelegenheiten zustand oder ihm im Zeitpunkte der Geburt des (nachgeborenen) Kindes zugestanden haben würde, wenn er ihn erlebt hätte[1]). Die im Gesetz sich findende Verweisung auf § 1777 bezieht sich übrigens nicht nur auf diese Voraussetzung für die Zulässigkeit der Anordnung, sondern offenbar auch auf ihre dort vorgeschriebene Form. Die Anordnung muß also durch letztwillige Verfügung[2]) erfolgen. Sie wird aber immer nur insoweit wirksam, als die Gewalt in Folge des Todes des Vaters auf die Mutter übergeht. Da es nun vorkommen kann, daß er die elterliche Gewalt nach § 1680 über ein Kind verloren hat, so ist alsdann seine Verfügung in Bezug auf das betreffende Kind unwirksam, in Bezug auf die übrigen dagegen gültig. Welche Folgen sich an die aus zulässigen Gründen erfolgende Ablehnung des Amtes durch den vom Vater Benannten oder an seinen späteren Wegfall knüpfen, hat das Gesetz der Auslegung der Anordnung durch das Vormundschaftsgericht überlassen[3]). Wir werden unterscheiden müssen. Lag der bestimmende Grund für den Vater in dem Zweifel an der Be-

[1]) Dadurch wird der Vater nicht verhindert, für die Verwaltung des von ihm dem Kinde hinterlassenen Vermögens ohne Rücksicht auf die im Text hervorgehobenen Bedingungen nach § 1639 Vorschriften zu geben, z. B. die von der Mutter zu treffenden Maßregeln an die Zustimmung einer von ihm bezeichneten Person zu binden oder das Erbtheil nach § 1651 Nr. 2 zu freiem Vermögen zu machen oder wenigstens die Verwaltung der Mutter nach § 1638 auszuschließen. In Bezug auf anderweitigen Erwerb des Kindes, der aber thatsächlich selten ist, bleiben diese Anordnungen freilich wirkungslos.

[2]) BGB. §§ 1777 Abs. 3, 2229 ff.

[3]) Motive bei Haidlen III S. 522.

fähigung der Mutter zur selbständigen Verwaltung der Angelegenheiten des Kindes, so ist ein anderer Beistand vom Vormundschaftsrichter zu bestellen [1]). Kam es ihm dagegen vor Allem darauf an, dem Ernannten Einfluß auf die Verwaltung zu verschaffen, und war sein Mißtrauen gegen die Frau nur von untergeordneter Bedeutung, so dürfen wir annehmen, daß er die Anordnung unterlassen haben würde, wenn er gewußt hätte, daß sie sich nicht in der seinen Wünschen entsprechenden Weise verwirklichen lasse. Im Zweifel liegt freilich die erstere Auslegung am Nächsten.

b) Die Mutter selbst kann die Bestellung eines Beistandes beantragen (§ 1687 Nr. 2), und das Vormundschaftsgericht muß dem Folge geben, ohne prüfen zu dürfen, ob die Maßregel nothwendig ist oder etwa bloß aus Bequemlichkeit erbeten wird. Auch braucht der Antrag von ihr nicht sofort bei Uebernahme der Gewalt gestellt zu werden, vielmehr kann gerade die Erfahrung erst sie belehren, daß sie der ihr gestellten Aufgabe nicht gewachsen ist, oder es kann z. B. der Vertrauensmann, dessen Rath ihr bisher zur Verfügung stand, gestorben und dadurch ihre Lage schwieriger geworden sein. Sie ist ebensowenig wie der Vater bei seiner Anordnung genöthigt, eine bestimmte Person zu bezeichnen, kann ihren Antrag aber umgekehrt an die Bedingung knüpfen, daß sie den von ihr Bezeichneten als Beistand erhält.

c) Endlich darf das Vormundschaftsgericht ihr auch von Amtswegen aus besonderen Gründen einen Beistand bestellen (§ 1687 Nr. 3). Als Veranlassung hierzu führt das Gesetz Umfang oder Schwierigkeit der Vermögensverwaltung an, ferner Mißbrauch des Rechtes der Sorge für die Person des Kindes oder Gefährdung seines Vermögens. Handlungen dieser Art geben ja dem Gerichte dem Vater gegenüber die Befugniß, die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßregeln zu treffen [2]). Dasselbe ist natürlich auch der Mutter gegenüber statthaft; als ein weiteres Mittel bietet sich hier aber eben die Beiordnung eines Beistandes dar. Ob dies zum

[1]) Vgl. § 1694 i. V. m. § 1774. Letztere Vorschrift will offenbar nicht bloß hervorheben, daß jede Vormundschaft dativa sei, sondern schließt den Befehl an die Behörde in sich, eine Vormundschaft überall da anzuordnen, wo ihre Voraussetzungen gegeben sind. Diese liegen aber in den im Texte genannten Fällen vor.

[2]) Vgl. oben § 13 A I und II.

Schutze des Kindes nothwendig ist und andererseits ausreicht, hat die Behörde unter Berücksichtigung der Umstände des einzelnen Falles zu erwägen. Die im Gesetz angeführten Gründe sollen übrigens nur Beispiele sein, neben denen noch andere, gleichwerthige in Betracht kommen. Hervorgehoben mag nur werden, daß, wenn der Vater die Bestellung eines Beistandes angeordnet hatte, seine Verfügung aber aus irgend einem Grunde ungültig ist, hierin meistens ein genügender Anlaß für die gerichtliche Ernennung eines solchen liegt. Ebenso kann es zweckmäßig sein, wenn seine Verfügung nur in Bezug auf ein Kind unwirksam ist, die Befugnisse des für die übrigen Kinder bestellten Beistandes auf jenes zu erstrecken. Daß die Persönlichkeit der Mutter stets ausschlaggebend ist, versteht sich von selbst. Es darf ihr daher auch, wenn die Besorgung der Angelegenheiten der Kinder an sich gar keine Schwierigkeiten darbietet, dennoch von Amtswegen ein Beistand beigeordnet werden, wenn sie in Geschäften völlig unerfahren oder wegen Charakterschwäche zur selbständigen Leitung der Erziehung der Kinder ungeeignet ist. Vor dem Eingreifen des Vormundschaftsgerichtes vermag der Vater sie nicht durch eine entgegengesetzte Anordnung zu schützen. Bei Benennung eines Vormundes für seine Kinder darf er allerdings die Benennung eines Gegenvormundes ausschließen [1]). Aber obwohl der Beistand im Allgemeinen eine ähnliche Stellung hat wie ein Gegenvormund, gilt in Bezug auf ihn doch nicht derselbe Rechtssatz, da er in dem die elterliche Gewalt behandelnden Abschnitte des BGB. nicht wiederholt ist und die Mutter nicht durch den Willen des Vaters zur Ausübung der Gewalt berufen wird, sich also eine entsprechende Anwendung der Vorschrift auf sie verbietet.

2. Ob die Ernennung eines Beistandes auch dann statthaft ist, wenn der Mutter nur die Ausübung der Gewalt nach § 1685 zufällt oder übertragen wird, ist im Gesetze nicht ausdrücklich entschieden. Von einer Anordnung durch den Vater kann hier allerdings offensichtlich nicht die Rede sein. Auch ist bei kürzerer thatsächlicher Verhinderung desselben die Maßregel meistens überflüssig, obwohl immerhin Verwaltungsmaßregeln vorzunehmen sein können, bei denen der Mutter die Beihülfe eines erfahrenen Mannes erwünscht sein muß. Noch dringender ist das Bedürfniß, wenn das

[1]) BGB. § 1794 Abs. 4.

Ruhen der Gewalt des Vaters ihr seine Rechte und Pflichten für längere Zeit auferlegt. Hier ist sie daher auch gewiß zu dem Antrage befugt, ihr einen Beistand zur Seite zu stellen. Aus dem Gesetz können keine Bedenken dagegen entnommen werden, denn wenn auch in § 1687 wohl zunächst an den Fall gedacht ist, daß sie die wirkliche Gewalt erlangt, so ist die Zulässigkeit der Bestellung doch nicht auf ihn beschränkt, und wo das Gesetz nicht unterscheidet, brauchen auch wir keine Unterscheidungen aufzustellen. Folglich kann auch das Vormundschaftsgericht der Mutter, die nur die Gewalt ausübt, von Amtswegen einen Beistand zuordnen. Selbst bei der Uebertragung nach § 1685 Abs. 2 darf es, wenn es Bedenken gegen ihre persönliche Befähigung hat, den Antrag der Mutter nicht ganz zurückweisen, sondern nur gleichzeitig diese Maßregel ergreifen, da das Gesetz ihr, ohne Ausnahmen zu machen, einen festen Anspruch auf die Ueberlassung der elterlichen Befugnisse gewährt.

3. Für die Berufung des Vorstandes gelten die gleichen Vorschriften wie beim Gegenvormunde (§ 1694). Auf die Berufung des Gegenvormundes aber finden die für die Berufung des Vormundes geltenden Bestimmungen Anwendung[1]). Der Vater kann demnach jede Person berufen, die überhaupt bestellt werden kann und darf[2]), und das Gericht muß sie bestellen, wenn nicht ein gesetzlicher Ablehnungsgrund[3]) geltend gemacht wird. Beantragt die Mutter die Ernennung eines Beistandes, so hat sie zwar an sich kein bindendes Vorschlagsrecht, kann aber, wie schon erwähnt, ihren Antrag an die Bedingung der Bestellung einer bestimmten Person knüpfen. Für die Vormundschaftsbehörde liegt auch kein Grund vor, den Wunsch der Mutter unberücksichtigt zu lassen, solange er nicht mit gesetzlichen Vorschriften in Widerspruch steht. Nach diesen[4]) sind nun freilich der väterliche und hinter ihm der mütterliche Großvater in erster Linie zum Amte des Beistandes berufen und dürfen nur aus den im BGB. § 1778 aufgeführten Gründen übergangen werden. Der Anspruch des väterlichen Großvaters kann zu großen Unannehmlichkeiten für die Mutter führen, wenn ihre Ehe mit dem Vater geschieden ist, da dann leicht eine feindselige Stimmung zwischen ihr

[1]) BGB. § 1794 Abs. 4.

[2]) Ueber die Unfähigkeitsgründe vgl. BGB. §§ 1780—84. Frauen dürfen hiernach Beistand werden, verheirathete allerdings nur mit Zustimmung ihres Mannes.

[3]) BGB. § 1786.

[4]) BGB. § 1776 Abs. 1 Nr. 3 u. 4.

und dem Großvater besteht. Nach dem BGB. läßt sich dieses Ergebniß aber nicht vermeiden, und die Mutter hat deshalb zu erwägen, ob sie unter solchen Umständen nicht lieber auf die Mitwirkung eines eigentlichen Beistandes verzichten und sich in anderer Weise helfen will. Sinngemäße Anwendung des § 1782, die allerdings einen Ausweg zu Gunsten der Mutter darbieten würde, ist wohl ausgeschlossen, da sie Ausschließung einer bestimmten Person durch letztwillige Verfügung verlangt. Wenn das Gericht von der ihm nach § 1687 Nr. 3 zustehenden Befugniß Gebrauch macht, hat es diese Vorschriften gleichfalls zu berücksichtigen, sowie weiter den § 1799, wie sich aus §§ 1694. 1792 Abs. 4 ergiebt. Nach diesen Bestimmungen muß der Ausgewählte das Amt übernehmen, wenn er nicht unfähig ist oder einen Ablehnungsgrund für sich anzuführen vermag. Er erlangt die Stellung eines Beistandes stets erst durch die gerichtliche Bestellung[1]). Er verliert sie aus den im BGB. §§ 1885—89 aufgezählten Gründen[2]). Außerdem endigen seine Befugnisse, wenn die Mutter die elterliche Gewalt oder deren Ausübung verliert, sei es, daß die Voraussetzungen, unter denen sie sie erworben hatte[3]), hinwegfallen, sei es, daß in ihrer Person ein Endigungsgrund eintritt[4]), sei es, daß das Kind stirbt oder für todt erklärt wird[5]). Auch schon durch das Ruhen der Gewalt der Mutter wird das Amt des Beistandes beendigt. Endlich kann seine Bestellung vom Vormundschaftsgerichte jederzeit wieder aufgehoben werden (§ 1695). Dies wird natürlich nur geschehen, wenn die Behörde sich nachträglich überzeugt, daß die Voraussetzungen jener Maßregel in Wirklichkeit nicht vorgelegen haben, indem z. B. die Mutter, deren Fähigkeiten man mißtraute, sich als durchaus fähig und geschäftsgewandt erweist, oder daß die Mitwirkung des Beistandes wegen veränderter Umstände nicht länger erforderlich ist, indem z. B. die anfänglich schwierige Vermögensverwaltung nunmehr so weit geordnet ist, daß sie von jener selbständig fortgeführt werden kann. War die Bestellung des Beistandes auf Antrag der Mutter

---

[1]) BGB. §§ 1774, 1789.

[2]) BGB. §§ 1694, 1895.

[3]) In dieser Beziehung kommt nicht nur § 1685 in Betracht, sondern auch § 1684, insofern der für todt erklärte Vater zurückkehren kann.

[4]) Vgl. oben S. 237 ff. und § 1697.

[5]) BGB. §§ 1882, 1884.

erfolgt, so soll sie nur mit ihrer Zustimmung aufgehoben werden[1]). Beruhte sie auf einer Anordnung des Vaters, so kann sie überhaupt nicht zurückgenommen werden. Diese letzten Grundsätze beziehen sich natürlich nur auf die Anordnung einer Beistandschaft und hindern nicht die Ersetzung des zunächst Ausgewählten durch eine andere Person, für die vielmehr BGB. §§ 1885—89 maßgebend sind. Anträge der Mutter in dieser Richtung sind nicht bindend für das Gericht und können selbst als wichtiger Grund nach § 1889 nur in Betracht kommen, falls der Beistand gleichfalls seine Entlassung beantragt.

4. Ueber den Umfang des Wirkungskreises des Beistandes entscheidet seine Bestellung (§ 1688). Denn ihm kann eine Mitwirkung in allen Angelegenheiten des Kindes oder nur für gewisse Arten von Angelegenheiten oder nur für einzelne Angelegenheiten übertragen werden. Dabei kann er nicht nur auf die Theilnahme bei den persönlichen Angelegenheiten oder an der Vermögensverwaltung beschränkt werden, sondern auch auf einen einzelnen Zweig der letzteren, z. B. auf die Unterstützung der Mutter bei Führung eines dem Kinde gehörenden Geschäftes, auch wohl auf die persönlichen Angelegenheiten einzelner Kinder, z. B. die Erziehung der Söhne, während diejenige der Töchter der Mutter allein verbleibt. Dasselbe Ergebniß kann dadurch herbeigeführt werden, daß das Vormundschaftsgericht dem Beistande die religiöse Erziehung einzelner Kinder entzieht, weil er einem anderen Bekenntnisse angehört als sie[2]). Endlich kann der Beistand auch für einzelne bestimmte Angelegenheiten bestellt werden, z. B. den Verkauf eines dem Kinde gehörenden Landgutes. Im Zweifel fallen allerdings alle Angelegenheiten in seinen Wirkungskreis. Die Entscheidung steht, wenn seine Bestellung vom Vater angeordnet ist, diesem zu, und das Gericht *hat* seine Bestimmungen *zu befolgen*, handelt also unrechtmäßig, wenn es sich über sie hinwegsetzt. Aber seine abweichende Verfügung ist deshalb noch nicht ungültig. Nach den Entwürfen des BGB.[3]) verhält sich die Sache allerdings wohl anders, da in ihnen gesagt war, daß die Bestimmungen des

[1]) Eine hiermit in Widerspruch stehende Aufhebung würde dennoch wirksam sein. Beschwerde der Mutter nach Freiw. Gerichtsb. § 20, vgl. auch § 57 Nr. 5.

[2]) Vgl. BGB. § 1801.

[3]) Entw. I § 1539, Entw. II § 1577.

Vaters für die Bestimmung des Wirkungskreises des Beistandes (für das Vormundschaftsgericht) maßgebend seien. Namentlich die erste Ausdrucksweise konnte dahin ausgelegt werden, daß eine abweichende Anordnung des Gerichtes nichtig sein solle. Nach dem Gesetze dagegen entscheidet über den Umfang des Wirkungskreises die richterliche Bestellung, und das Gericht hat nur bei ihr die väterliche Bestimmung zu befolgen. Die Anordnung des Vaters ist demnach nur für die Entschließung des Gerichtes normgebend und schließt sein freies Ermessen aus, wirkt aber nicht unmittelbar nach außen. Durch die richterliche Bestellung wird der Kreis der Rechte und Pflichten des Beistandes festgestellt, nicht eine anderweitige, maßgebende Abgrenzung bestätigt. Es waltet hier ein ähnliches Verhältniß ob wie bei der Berufung zur Vormundschaft. Das BGB. giebt in §§ 1776. 1778 gewissen Personen einen festen Anspruch auf die Bestellung als Vormund, aber die im Widerspruch hiermit erfolgte Ernennung eines anderen Vormundes ist nicht nichtig, obwohl es in § 1778 nicht heißt „soll nur übergangen werden, wenn . . .", sondern „darf u. ü. w. w." Fränkel[1]) behauptet umgekehrt, daß die Anordnungen des Vaters nicht zu berücksichtigen seien, sofern sie sich gegen das Interesse des Kindes richteten. Wenn hiermit der Behörde ein selbständiges Urtheil über die Angemessenheit der väterlichen Verfügung eingeräumt werden soll, so ist die Behauptung in dieser Allgemeinheit unrichtig. Den Wirkungskreis des Beistandes im Gegensatz zu jener Verfügung einzuschränken, ist das Gericht nicht befugt[2]). Wohl aber kann es ihn über die Wünsche des Vaters hinaus erweitern, da es ja überhaupt von Amtswegen einen Beistand für alle Angelegenheiten des Kindes bestellen darf. Seine Ernennung beruht alsdann zum Theil auf Nr. 1, zum Theil auf Nr. 3 des § 1687. Wollte man dem Richter die Befugniß hierzu verweigern, so würde der Vater in der Lage sein, durch Anordnung einer Beistandschaft mit ganz geringem Wirkungskreise die elterliche Gewalt seiner Wittwe gegen richterliche Eingriffe zu schützen. Dies ist aber, wie schon vorhin ausgeführt, unzulässig.

5. Innerhalb des ihm zugewiesenen Wirkungskreises hat der Beistand die Mutter bei Ausübung der Gewalt zu unterstützen und

---

[1]) A. a. O. S. 162.

[2]) Fischer-Henle Anm. 2 zu § 1688.

zu überwachen. Die Unterstützung kann in der Ertheilung von Rath, aber auch in thatsächlicher Beihülfe, namentlich in Bezug auf die Vermögensverwaltung, bestehen. Sie kann so weit gehen, daß in Wirklichkeit er die entscheidenden Bestimmungen in allen Angelegenheiten des Kindes trifft und die Mutter für die vorzunehmenden Geschäfte nur ihren Namen hergiebt. Allein rechtlich ist sie allein gesetzlicher Vertreter des Kindes und hat die nothwendigen Handlungen vorzunehmen oder durch den Beistand als ihren Bevollmächtigten vornehmen zu lassen, und sie trägt die volle Verantwortung für alles Geschehene, ohne sich darauf berufen zu dürfen, daß sie nur dem Rathe des Beistandes gefolgt sei. Da sie jedoch, wie der Vater, nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hat, die sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, so gereicht ihr ihre Unselbständigkeit dennoch zum Vortheil, falls sie nicht in der Besorgung ihrer eigenen Angelegenheiten den Rathschlägen Fremder geringeren Einfluß einräumt. Hat die Mutter insbesondere ein Vermögensverzeichniß einzureichen[1]), so ist der Beistand bei dessen Aufnahme zuzuziehen und hat es gleichfalls mit der Versicherung der Richtigkeit und Vollständigkeit zu versehen (§ 1692). Ist das Verzeichniß ungenügend, so kann das Vormundschaftsgericht die Aufnahme eines anderen durch eine zuständige Behörde oder durch einen zuständigen Beamten oder Notar anordnen[2]). Wird durch die nachlässige und pflichtwidrige Herstellung der Aufzeichnung das Vermögen des Kindes gefährdet, so darf und muß das Gericht nach § 1667 sonstige zur Abwendung der Gefahr erforderliche Maßregeln treffen. Diese richten sich zunächst gegen die Mutter[3]); es kann aber auch gegen den Beistand eingeschritten, namentlich seine Entlassung verfügt werden[4]); ja das Gericht wird sich auf sie beschränken, wenn er der Hauptschuldige ist, denn schon die Bestellung eines anderen Beistandes genügt vielleicht, um die Interessen des Kindes zu schützen. Von Bedeutung werden die Vorschriften des § 1692 zunächst beim Tode des Vaters, wie sich aus

[1]) Entw. II § 1581 ordnete an, daß die Mutter ein solches Verzeichniß aufzunehmen habe, wenn ihr ein Beistand für die Vermögensverwaltung bestellt sei. Im BGB. ist dies zu der Bestimmung des § 1692 abgeschwächt. Wann ein Verzeichniß einzureichen ist, ergiebt sich aus sonstigen Vorschriften.

[2]) Vgl. § 1640 Abs. 2.

[3]) Gegen bloße Unterlassung der Verzeichnung des Vermögens ist nach § 1670 vorzugehen, vgl. oben § 11 IX.

[4]) BGB. §§ 1694, 1895, 1886.

der entsprechenden Anwendung des § 1640 ergiebt. Aus ihr folgt aber auch, daß der Vater die Anordnung einer öffentlichen Inventarisirung durch letztwillige Verfügung in Bezug auf das von ihm herrührende Vermögen auszuschließen vermag. Ferner kann die Einreichung von dem Vormundschaftsgerichte nach § 1667 der Mutter aufgegeben werden. Da die Scheidung der Eltern für den Vater nicht die Verpflichtung zur Einreichung eines Vermögensverzeichnisses begründet, so braucht auch die Mutter ein solches nicht aufzunehmen, wenn in Folge dieses Ereignisses die Gewalt auf sie übergegangen, und noch weniger, wenn bloß deren Ausübung ihr übertragen ist. Auch die Eingehung einer neuen Ehe — vgl. § 1669 — gehört nicht hierher, weil sie für die Mutter den Verlust der Gewalt nach sich zieht (s. unten IV 2). Ebensowenig hat der Beistand nach Beendigung oder beim Ruhen des Gewaltverhältnisses zu der nach § 1681 nothwendigen Rechnungslegung mitzuwirken. Allerdings gehört zu dieser nach BGB. § 260 die Vorlegung eines Vermögensverzeichnisses, aber sie hat an Denjenigen zu erfolgen, dem das Vermögen herauszugeben ist. In § 1692 dagegen ist von der Einreichung eines Verzeichnisses die Rede, worunter nur die Vorlegung bei dem Vormundschaftsgerichte verstanden werden kann. Der Beistand hat nun freilich außerdem die Geschäftsführung der Mutter zu überwachen. Allein auch der Gegenvormund, der eine ganz ähnliche Stellung einnimmt wie der Beistand, hat darauf zu achten, daß der Vormund die Vormundschaft pflichtmäßig führt, und ist nach § 1802 bei der Aufnahme des Vermögensverzeichnisses zuzuziehen, und doch bedurfte es einer besonderen Bestimmung im § 1891, um ihm eine Mitwirkung bei der Rechnungslegung nach Beendigung der Vormundschaft zu verschaffen. Eine solche müßte daher auch für den Beistand gefordert werden, findet sich aber nicht im Gesetze; auch gehört § 1802 nicht zu den Vorschriften, die nach § 1694 in gleicher Weise für den Beistand wie für den Gegenvormund gelten. Uebrigens wird die Mutter, wenn nicht die Bestellung des Beistandes gegen ihren Wunsch erfolgt ist, ihn wohl meistens freiwillig bei Ablegung der Schlußrechnung heranziehen, hat aber auf seine Mitwirkung keinen Anspruch. Zweifelhaft ist auch die Frage, ob jeder Beistand bei der Aufnahme eines Vermögensverzeichnisses in der durch § 1692 vorgesehenen Weise thätig zu werden hat. Sie muß gewiß verneint

werden, wenn er nur für einzelne Geschäfte bestellt ist[1]). Man wird aber auch weiter voraussetzen dürfen, daß sich sein Wirkungskreis überhaupt auf die Vermögensverwaltung erstreckt[2]). Ist er nur für einen Zweig der Verwaltung bestellt, so ist seine Zuziehung auch wohl nur in diesem Umfange nothwendig, weil darin, daß der Mutter im Uebrigen freie Hand gelassen wird, die Anerkennung liegt, daß sie zu allen Geschäften der Verwaltung, also auch zur Aufnahme eines Vermögensverzeichnisses, befähigt ist und keiner Ueberwachung bedarf.

Wie die Mutter trotz der Mitwirkung eines Beistandes die volle Verantwortung für die Ausübung ihrer Rechte trägt, so ist sie auch im Allgemeinen nicht an seine Zustimmung gebunden. Der Beistand kann auch nicht etwa bei Meinungsverschiedenheiten zwischen ihnen die Entscheidung des Vormundschaftsgerichtes anrufen, da dieses der Mutter gegenüber nur in dem alsbald zu erörternden Umfange größere Befugnisse hat als dem Vater gegenüber. Dagegen ist er verpflichtet, der Behörde Anzeige zu machen, sobald die Mutter an der Ausübung der Gewalt behindert ist[3]) oder den mit einer unentgeltlichen Zuwendung an das Kind verbundenen Anordnungen nicht nachkommt[4]) oder ein Einschreiten auf Grund der §§ 1666 ff.[5]) angezeigt erscheint (§ 1689 a. E.). Als gesetzlicher Vertreter des Kindes kann der Beistand nicht auftreten, und so ist z. B. auch, wenn seine Mitwirkung sich auf die persönlichen Angelegenheiten bezieht, seine Einwilligung zur Eheschließung der Töchter nicht erforderlich[6]).

Eine Ausnahme tritt jedoch bei allen Rechtsgeschäften ein, zu denen ein Vormund der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes oder des Gegenvormundes bedarf (§ 1690). Dabei ist jedoch noch wieder zwischen den Geschäften zu unterscheiden, die der Gewalthaber als solcher nicht ohne die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes vornehmen darf[7]), und anderen. Bei ersteren steht die Mutter durchaus

---

[1]) Fischer-Henle, Anm. 3 zu § 1692.

[2]) Fraenkel S. 162. Entw. II § 1581, aus dem BGB. § 1692 hervorgegangen ist, ordnete die Aufnahme des Verzeichnisses nur an, wenn ein Beistand für die Vermögensverwaltung bestellt sei.

[3]) § 1665 (oben S. 147).

[4]) § 1639 (oben S. 227).

[5]) Vgl. oben § 13 A I—III.

[6]) Vgl. BGB. § 1304.

[7]) Vgl. oben § 11 II und IV. Außerdem §§ 1751, 1755, 1770 (Annahme an Kindesstatt).

dem Vater gleich, d. h. sie braucht nur die Genehmigung des Gerichtes, nicht noch außerdem diejenige des Beistandes einzuholen. Auch bei den Geschäften, bei denen ein Vormund an die Zustimmung des Gerichtes gebunden ist, gelten für beide Eltern insofern dieselben Vorschriften, als für die Mutter gleichfalls die Einwilligung der Behörde nicht nothwendig ist. Dagegen bedarf sie bei ihnen der Genehmigung des Beistandes. Diese Rechtsgeschäfte sind: Verträge, die auf den entgeltlichen Erwerb eines Grundstückes oder eines Rechtes an einem Grundstücke (mit Ausnahme von Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden) gerichtet sind[1]); die Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses und der Verzicht auf einen Pflichttheil, und zwar ohne die in § 1643 Abs. 2 sich findende Einschränkung, sowie ein Erbtheilungsvertrag[2]); ein Pachtvertrag über ein Landgut[3]) oder einen gewerblichen Betrieb; ein Lehrvertrag, der für längere Zeit als 1 Jahr geschlossen wird, — ein auf die Eingehung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses gerichteter Vertrag, wenn das Kind zu persönlichen Leistungen für längere Zeit als 1 Jahr verpflichtet werden soll; ein Vergleich oder ein Schiedsvertrag, es sei denn, daß der Gegenstand des Streites oder der Ungewißheit in Geld schätzbar ist und den Werth von 300 Mark nicht übersteigt; ein Rechtsgeschäft, durch das die für eine Forderung des Kindes bestehende Sicherheit aufgehoben oder gemindert oder die Verpflichtung dazu begründet wird[4]); endlich die Auflösung eines bestehenden Erwerbsgeschäftes des Kindes[5]). Dazu kommen noch: Verfügungen über eine Forderung oder über ein anderes Recht, kraft dessen das Kind eine Leistung verlangen kann, sowie über Werthpapiere, sofern nicht schon nach § 1643 die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes erforderlich ist, sowie die Eingehung der Verpflichtung zu

---

[1]) BGB. § 1821 Nr. 4.

[2]) Nicht die Erhebung der Erbtheilungsklage, vgl. Motive bei Haidlen III S. 720 oben.

[3]) Nicht seiner einzelnen Parcellen, vgl. ebenda S. 720.

[4]) BGB. § 1822 Nr. 2, 4, 6, 7 12, 13.

[5]) § 1823 a. E. Die für den Vormund weiter geltenden §§ 1819, 1820 kommen hier nicht in Betracht, weil die Hinterlegung u. s. w. der Mutter nur durch eine Anordnung des Vormundschaftsgerichtes nach § 1667 auferlegt sein kann und alsdann zu Verfügungen über das Hinterlegte die Genehmigung des Gerichtes erforderlich ist, vgl. § 1667 Abs. 1 a. E. Für den Beginn eines neuen Erwerbsgeschäftes (§ 1823) normirt § 1645.

einer solchen Verfügung. Die Genehmigung des Beistandes ist aber zu einer Verfügung, die nur in der Annahme der geschuldeten Leistung besteht, nicht erforderlich, wenn nicht Geld oder Werthpapiere den Gegenstand der Leistung bilden, wenn der Anspruch[1]) nicht mehr als 300 Mk. beträgt, es müßte denn bei der Anlegung ein Anderes bestimmt sein (vgl. den nächsten Absatz), — wenn Geld zurückgezahlt wird, das die Mutter angelegt hatte, mit derselben Ausnahme wie im vorigen Falle, sowie mit der ferneren, daß die Anlegung nach § 1807 Nr. 1—4 erfolgt war, — wenn der Anspruch zu den Nutzungen des Kindesvermögens gehört, — endlich wenn der Anspruch auf Erstattung von Kosten der Kündigung oder der Rechtsverfolgung oder auf sonstige Nebenleistungen gerichtet ist[2]). Ueber die Wirksamkeit eines ohne die Genehmigung des Beistandes abgeschlossenen Geschäftes entscheiden die §§ 1828—1831[3]), wobei jedoch zu beachten ist, daß die Zustimmung zur Auflösung eines bestehenden Erwerbsgeschäftes nur durch ein „soll" gefordert wird[4]). Wird die Genehmigung von dem Beistande verweigert, so kann sie durch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes ersetzt werden. Das Gericht soll aber alsdann den Beistand hören, sofern dies thunlich ist. Dieselbe Ordnungsvorschrift gilt überhaupt in allen Fällen, in denen das Rechtsgeschäft zu dem Wirkungskreise des Beistandes gehört, mag auch nicht seine Genehmigung, sondern nach § 1643 diejenige des Vormundschaftsgerichtes vom Gesetze gefordert werden.

Erstreckt sich der Wirkungskreis des Beistandes auf die Vermögensverwaltung oder einen Theil derselben, und kommt es in ihrem Verlaufe zur Anlegung von Kindergeldern[5]), so soll die Mutter sie nicht nur, wie der Vater, unter Beobachtung der

[1]) Die Höhe des Anspruches ist maßgebend, nicht die der Leistung, vgl. Motive bei Haiblen III S. 709.

[2]) BGB. §§ 1812, 1813. Für Nutzungen wird die Ausnahme des § 1813 Nr. 4 übrigens nur erheblich, soweit der Mutter nicht die Nutznießung zusteht. Denn daß anderen Falles die Genehmigung des Beistandes unnöthig ist, versteht sich von selbst.

[3]) Vgl. oben S. 180 ff.

[4]) Daß die im letzten Satze des § 1690 Abs. 1 sich findende Verweisung auf die angezogenen Paragraphen auf die Genehmigung des Beistandes und nicht auf die im unmittelbar vorausgehenden Satze erwähnte Genehmigung des Gerichtes bezogen werden muß, erhellt daraus, daß für diese dieselben Vorschriften schon nach §§ 1643 Abs. 3, 1686 gelten.

[5]) Enger faßt Fischer-Henle, Anm. 2 zu § 1691, die Voraussetzungen dieser Bestimmung auf.

Vorschriften in den §§ 1807, 1808, sondern außerdem nur mit Genehmigung des Beistandes und mit der Bestimmung vornehmen, daß zur Erhebung des Geldes die Genehmigung des Beistandes oder des Vormundschaftsgerichtes erforderlich ist (§§ 1690, 1809, 1810). Die Zulässigkeit des Verbrauches von Geld mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes (§ 1653) hat hierdurch nicht beseitigt werden sollen.

Beantragt die Mutter für sich und zugleich für ein Kind die Entlassung aus dem Staatsverbande, so bedarf sie der Genehmigung des Beistandes zu dem Antrage, falls sich sein Wirkungskreis auf die Sorge für die Person des Kindes erstreckt (EG. z. BGB. Art. 41 II).

Hervorzuheben ist, daß die Mutter, wie sich aus den bisherigen Ausführungen ja auch schon ergiebt, diesen Beschränkungen keineswegs immer unterworfen ist. Wird kein Beistand bestellt, so bleibt sie von ihnen allen frei und hat völlig dieselbe Stellung wie der Vater.

Auf Antrag der Mutter können die Befugnisse des Beistandes verstärkt werden, indem ihm die Vermögensverwaltung ganz oder theilweise übertragen wird (§ 1693). Er erhält dadurch die Rechte und Pflichten eines Pflegers [1]), hat also nicht mehr bloß Rath zu ertheilen, sondern die Entscheidung zu geben und ist für den Umfang seines Wirkungskreises gesetzlicher Vertreter des Kindes. Der Mutter bleiben nicht einmal die Rechte eines Gegenvormundes [2]); wohl aber behält sie ihre Nutznießung, selbstverständlich mit den durch §§ 1656, 1657 gebotenen Beschränkungen [3]). Die Verantwortung für die Verwaltung trägt hier allein der Vormund. Eine öffentliche Bekanntmachung dieser Uebertragung ist im Gesetze nicht vorgesehen. Fremde, die mit der Mutter Geschäfte abschließen wollen, müssen sich daher danach erkundigen, ob ihr die Vermögensverwaltung zusteht. Die Aufhebung der Uebertragung kann zwar jederzeit, aber nur mit Zustimmung der Mutter erfolgen (§ 1695 Abs. 2).

6. Ueber die gesammte Thätigkeit des Beistandes hat das Vormundschaftsgericht die Aufsicht zu führen und gegen Pflichtwidrigkeiten durch geeignete Gebote und Verbote einzuschreiten; auch kann es ihn durch Ordnungsstrafen bis 300 Mark zur Befolgung seiner

[1]) Vgl. BGB. § 1915.

[2]) Ein Antrag, ihr solche Rechte zu gewähren, wurde in der 2. Kommission abgelehnt. Protokolle IV S. 615.

[3]) Vgl. oben § 13 A IV.

Anordnungen anhalten. Er hat der Behörde auf Verlangen jederzeit Auskunft zu ertheilen und muß, wenn er die Vermögensverwaltung führt, jährlich oder bei geringerem Umfange der Verwaltung in längeren, vom Gerichte zu bestimmenden Zeitabschnitten Rechnung legen; auch kann er aus besonderen Gründen zur Sicherheitsleistung für das seiner Verwaltung unterliegende Vermögen angehalten werden. Er haftet für jedes Verschulden. Für Aufwendungen kann er wie ein Beauftragter Vorschuß oder Ersatz verlangen. Eine Vergütung erhält er im Allgemeinen nicht, doch kann ihm eine solche aus besonderen Gründen vom Vormundschaftsgerichte bewilligt werden (§§ 1694 i. V. m. 1792 Abs. 3, 1837, 1915, 1839—41, 1844, 1833, 1835, 1836).

IV. Auch in Bezug auf das Ruhen und die Beendigung der elterlichen Gewalt der Mutter, sowie auf deren mögliche Beschränkungen gelten im Allgemeinen die für den Vater maßgebenden Vorschriften, jedoch mit folgenden Besonderheiten:

1. Solange die Mutter minderjährig ist, *ruht* die ihr zustehende Gewalt (§ 1696), und es muß für das Kind ein Vormund, nicht bloß ein Pfleger, bestellt werden. Sie hat aber das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen, und genießt in dieser Beziehung vor dem Vater, der in ähnlichen Fällen die Sorge nur neben dem gesetzlichen Vertreter behält, bei Meinungsverschiedenheiten aber hinter ihn zurücktritt [1]), den Vorzug, daß ihre Befugnisse selbstständig und von dem Vormunde unabhängig sind. Letzterer hat vielmehr insoweit nur die Stellung eines Beistandes. Zur Vertretung des Kindes ist jedoch während des Ruhens ihrer Gewalt auch die Mutter nicht berechtigt, und dadurch erhält der Vormund doch vielfach einen größeren Einfluß als ein gewöhnlicher Beistand. Die Minderjährigkeit der Mutter ist nicht nur dann zu berücksichtigen, wenn die Gewalt nach § 1684 auf sie übergeht, sondern auch wenn deren bloße Ausübung nach § 1685 Abs. 1 ihr zustehen würde, und ebensowenig darf sie ihr nach § 1685 Abs. 2 übertragen werden.

2. Geht die Mutter eine neue Ehe ein, so *verliert* sie die elterliche Gewalt einschließlich der Nutznießung [2]) und behält nur die Sorge für die Person des Kindes in dem soeben unter 1. angegebenen

[1]) Oben S. 237.

[2]) Motive bei Haiblen III S. 528, Protokolle IV S. 645 ff.

Umfange (§ 1697). Um die Durchführung dieser Bestimmung zu sichern, ist den Standesbeamten die Pflicht auferlegt, von der Eingehung einer Ehe seitens einer Frau, die ein minderjähriges Kind hat, dem Vormundschaftsgerichte Anzeige zu machen[1]). Die sonstigen Angelegenheiten des Kindes hat ein Vormund zu verwalten. Hierzu kann jedoch mit Einwilligung ihres Mannes[2]) auch die Mutter ernannt werden; es haben aber die Großväter des Kindes vor ihr einen Anspruch auf dieses Amt[3]). — Da durch die Wiederverheirathung nicht nur ein Ruhen der Gewalt, sondern ihr endgültiger Verlust herbeigeführt wird, so erlangt sie durch den Tod ihres zweiten Mannes die ihr entzogenen Rechte nicht wieder. Hätte ihr ein Anspruch hierauf gewährt werden sollen, so hätte es einer gesetzlichen Bestimmung bedurft, wie der Vergleich mit § 1647 beweist.

3. In Bezug auf die Beschränkungen der Befugnisse der Mutter ist hervorzuheben, daß die der Mutter nach 1. und 2. verbleibende Sorge für die Person des Kindes einen Theil der elterlichen Gewalt bildet und ihr nur nach § 1666 entzogen werden darf. Diese Auffassung wird durch den letzten Satz des BGB. § 1838 bestätigt, der in gleicher Weise entscheidet, wenn das Vormundschaftsgericht ein Mündel in einer Erziehungsanstalt u. s. w. unterbringen will. Gegen sie darf nicht eingewendet werden, daß dann die Mutter gegen die den Vater nach § 1666 treffenden Maßregeln auf Grund des ihr nach § 1634 zustehenden Antheils an der Sorge für die Person Widerspruch erheben könnte, falls nicht auch in ihrer Person die Voraussetzungen des § 1666 vorlägen. Denn dieses Bedenken wird dadurch widerlegt, daß bei Meinungsverschiedenheiten zwischen den Eltern die Meinung des Vaters vorgeht. Er kann also das Kind auch gegen den Willen der Mutter in eine Erziehungsanstalt u. s. w. schicken. Die Mutter kann aber unmöglich größere Rechte haben, wenn die Anordnung von der Behörde statt von dem Gewalthaber ausgeht. — Ferner kann die Verwirkung nach § 1680 in der eigenthümlichen Weise zur Anwendung kommen, daß die Mutter wegen einer Handlung an dem Kinde bestraft ist, bevor sie

---

[1]) Freiw. Gerichtsb. § 48.

[2]) BGB. § 1783.

[3]) BGB. §§ 1776, 1778. Der Abs. 3 des letzten Paragraphen kommt der Mutter nicht zugute, weil er nur die uneheliche Mutter bevorzugt. — Bei einer dritten Heirath der Mutter wird BGB. § 1845 anwendbar.

die Gewalt über dasselbe erworben hat. Dann vermag sie später weder die Gewalt über das Kind noch auch nur die Sorge für seine Person zu erlangen [1]).

V. Ruht die elterliche Gewalt des Vaters, oder ist sie verwirkt, oder ist ihm die Vertretung des Kindes oder dessen Erziehung entzogen, ohne daß seine Rechte auf die Mutter übergegangen oder übertragen sind, so muß eine Vormundschaft oder Pflegschaft angeordnet werden. Neben dem Vormunde oder Pfleger behält die Mutter den ihr neben dem Vater zustehenden Antheil an der Sorge für die Person des Kindes (§ 1698 i. V. m. § 1634). Sie kann also in seinen persönlichen Angelegenheiten ihre Meinung äußern, ist bei unterlassener Aufsicht nach § 832 verantwortlich u. s. w., hat aber kein Widerspruchsrecht gegen die Entscheidungen des Vormundes oder Pflegers [2]). Sie hat ihnen gegenüber aber die ihr neben dem Vater versagte Befugniß, das Einschreiten des Vormundschaftsgerichtes nach § 1837 zu beantragen.

III. Rechtliche Stellung der unehelichen Kinder und der Kinder aus nichtigen Ehen.

§ 16.

I. Eine Familie entsteht nicht durch jede, wenn auch nur vorübergehende geschlechtliche Verbindung von Mann und Frau, sondern nur aus ihrer dauernden Lebensgemeinschaft. Die Folge hiervon ist, daß der außereheliche Erzeuger auch nicht die thatsächliche Obhut über das von ihm abstammende Kind erhält, welche die natürliche Grundlage der elterlichen Gewalt bildet. Daher fällt ihm diese nicht zu, ja es entsteht zwischen Beiden überhaupt kein Verhältniß, das von der Rechtsordnung als Verwandtschaft anerkannt werden müßte. Bei den Deutschen wie bei den Römern trug man in der älteren Zeit überhaupt Bedenken, an die Thatsache der außerehelichen Erzeugung irgend welche Folgen zu knüpfen. Das gemeine Recht und die neueren Gesetzgebungen haben aber wenigstens

---

[1]) Ueber einen ähnlichen Fall beim Vater vgl. oben S. 242 Anm. 2.

[2]) Das unter IV 3 berührte Bedenken ist hier deshalb gleichfalls nicht begründet.

eine Unterhaltspflicht des Vaters gegen sein Kind für angemessen erachtet. Das ältere deutsche Recht verneinte weiter auch einen Familienzusammenhang zwischen der Mutter und dem Kinde. Diese allein die Interessen der Mutter und ihrer Angehörigen berücksichtigende Auffassung ist aber in späterer Zeit mehr und mehr verlassen, und das BGB. hat sich völlig auf den entgegengesetzten Standpunkt gestellt, wie auch schon das gemeine Recht gethan hatte. Demnach ist jetzt die Stellung des unehelichen Kindes zu seinem Vater und zu seiner Mutter durchaus verschieden.

1. Im Verhältniß zu seiner Mutter und zu seinen mütterlichen Verwandten hat das uneheliche Kind im Allgemeinen die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes (§ 1705)[1]. Insbesondere besteht gegenseitiges Erbrecht (auch Pflichttheilsrecht) und Unterhaltspflicht nach Maßgabe der §§ 1601 ff. (vgl. oben § 8), jedoch mit der Abweichung, daß Mutter und mütterliche Verwandte erst hinter dem Vater haften (§ 1709 Abs. 1). Ferner ist das Kind seiner Mutter zu Dienstleistungen im Umfange des § 1617 verpflichtet (oben § 7 V 2). Daß letztere ihrer unehelichen Tochter im Falle ihrer Verheirathung eine Aussteuer zu gewähren hat (oben § 7 III), ergiebt sich aus dem Wortlaut des § 1620 i. V. m. § 1705; ebenso finden die in §§ 1624, 1625 aufgestellten Grundsätze über Ausstattungen (oben § 7 IV) Anwendung, desgleichen wohl die Vermuthungen der §§ 1618, 1619 (oben § 7 VI). Endlich bestimmt sich auch der Wohnsitz des Kindes nach demjenigen der Mutter (BGB. § 11)[2]. Dagegen bestehen folgende Ausnahmen:

a) Das uneheliche Kind, auch das im Ehebruch erzeugte und das von einer Wittwe geborene, erhält den Familiennamen (Mädchennamen) der Mutter (§ 1706). Ihm in den beiden hervorgehobenen Fällen denjenigen Namen beizulegen, den die Mutter in Folge ihrer Verheirathung führt, wäre unbillig gegen den Ehemann und dessen Familie. Dieser Grund fällt aber hinweg, wenn der Ehemann mit

[1] Ist die Mutter eine Deutsche, so wird das Rechtsverhältniß zwischen ihr und dem Kinde nach den deutschen Gesetzen beurtheilt, ohne Rücksicht auf ihren Wohnsitz. Dies gilt selbst dann noch, wenn die Reichsangehörigkeit der Mutter erloschen, die Reichsangehörigkeit des Kindes aber geblieben ist, vgl. EG. z. BGB. Art. 20.

[2] Ueber die Einwilligung zur Eheschließung unehelicher Kinder siehe oben S. 101, über die Zustimmung zu ihrer Annahme an Kindesstatt oben S. 64.

der Führung seines Namens seitens des Kindes einverstanden ist. Andererseits werden hierdurch aber auch die Verhältnisse von Mutter und Kind berührt; daher müssen auch sie damit einverstanden sein. Die betreffenden Erklärungen des Ehemannes, des Kindes (oder seines gesetzlichen Vertreters) und der Mutter sind der nach Landesrecht zuständigen Behörde gegenüber in öffentlich beglaubigter Form abzugeben. Am Häufigsten wird der Mann, der nach der Geburt des Kindes die uneheliche Mutter heirathet, zu dieser Ertheilung seines Namens bereit sein. Soll sie durch Denjenigen, der zur Zeit der Geburt schon ihr Ehemann ist, erfolgen, so muß zunächst die Unehelichkeit des Kindes durch Anfechtung festgestellt sein. Der geschiedene Mann der Mutter hat diese Befugniß nicht. Irgendwelche weitere Rechte, z. B. Erbrechte, knüpfen sich an die Namensänderung nicht; auch das Verhältniß des Kindes zu seinen etwaigen Halbgeschwistern wird durch sie nicht verändert.

b) Während es dem gesetzgeberischen Gedanken, auf dem § 1684 beruht, entsprechen würde, daß die elterliche Gewalt über ein uneheliches Kind seiner Mutter zufiele, hat das BGB. § 1707 diese Folgerung abgelehnt, vor Allem aus dem Grunde, weil man nach den bisherigen Erfahrungen fürchtete, daß sie bei Geltendmachung der Ansprüche des Kindes gegen den Vater nicht mit der erforderlichen Energie verfahren werde; auch ist sie ja häufig genöthigt, das Kind Dritten zu überlassen. Sie hat vielmehr nur die Sorge für die Person ihres Abkömmlings in derselben Weise wie eine eheliche Mutter in den Fällen der §§ 1696, 1697 (oben S. 263—64). Die Sorge für das Vermögen des Kindes und seine Vertretung fällt dem zu bestellenden Vormunde zu [1]), der zugleich in den persönlichen Angelegenheiten die Stellung eines Beistandes der Mutter hat. Die Vormundschaft kann aber auch der Mutter selbst übertragen werden. Da ihr die elterliche Gewalt fehlt, findet dennoch BGB. § 1845 auf sie keine Anwendung.

c) Nur die eheliche Mutter ist zur Vormundschaft über ihr volljähriges Kind berufen (BGB. § 1899 Abs. 1), nur sie darf für das minderjährige einen Vormund benennen (§ 1776 Abs. 1 Nr. 2),

[1]) Wird bei einem Standesbeamten die Geburt eines unehelichen Kindes angezeigt, so hat er dem Vormundschaftsgerichte Anzeige zu machen (Freiw. Gerichtsb. § 48), damit dieses einen Vormund bestellt.

eine befreite Vormundschaft anordnen (§ 1855), bestimmen, daß ein Familienrath eingesetzt werden solle (§ 1858 Abs. 1), oder dessen Einsetzung untersagen (§ 1859 Abs. 2), Mitglieder eines solchen benennen oder gewisse Personen von der Mitgliedschaft ausschließen (§§ 1861, 1866). Alle diese Befugnisse fehlen also der unehelichen Mutter. Dagegen darf sie vor ihrem eigenen Vater zum Vormunde des Kindes bestellt werden (§ 1778 Abs. 3, § 1900 Abs. 3), hat aber keinen Anspruch hierauf. Dem väterlichen Großvater gegenüber hat sie dieses Recht nicht, ein solcher kann aber nur in Folge einer Legitimation durch nachfolgende Ehe vorhanden sein, die auch die Stellung der Mutter ändert. Ebenso hat sie hinter den vom Vater benannten Vormund zurückzutreten, eine Möglichkeit, die durch eine Ehelichkeitserklärung oder durch eine Annahme an Kindesstatt geschaffen werden kann.

2. Der Vater des unehelichen Kindes[1]) ist verpflichtet, ihm Unterhalt zu gewähren (§ 1708). Entsprechend dem im größeren Theile des Deutschen Reiches bisher schon geltenden Rechte beschränkt sich seine Verbindlichkeit nicht auf die Leistung eines Beitrages zu den Unterhaltskosten, sondern umfaßt sie in ihrer Gesammtheit; er ist *vor* der Mutter und den mütterlichen Verwandten unterhaltspflichtig (§ 1709). Wie bei ehelicher Verwandtschaft erstreckt der Unterhalt sich auf den gesammten Lebensbedarf, sowie die Kosten der Erziehung und der Vorbildung zu einem Beruf (§ 1708 Abs. 1). Er ist durch Entrichtung einer Geldrente zu gewähren, die für drei Monate vorauszuzahlen ist und im vollen, auf das Vierteljahr entfallenden Betrage zum Nachlasse des Kindes gehört, wenn es auch nur den Beginn des Vierteljahrs erlebt hat. Durch eine Vorausleistung für eine spätere Zeit wird der Vater nicht befreit (§ 1710). Der Anspruch erlischt bei dem Tode des Berechtigten mit denselben Ausnahmen wie nach § 1615; nur hat der Vater die Kosten der Beerdigung zu tragen, soweit ihre Bezahlung nicht von dem Erben des Kindes zu erlangen ist (§ 1713). Unentgeltlicher Verzicht auf den Unterhalt ist nichtig (§ 1714 Abs. 2). Ueber Unpfändbarkeit des Anspruches[2]), seine Geltendmachung im Konkurse und seine

[1]) Wer als unehelicher Vater anzusehen ist, ist oben § 6 I erörtert.

[2]) Die Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohnes des Vaters ist zu Gunsten des Anspruches des Kindes seit dem Reichsgesetz v. 29. März 1897 gestattet, vgl. jetzt CPrO. § 850 Abs. 4.

Verjährung gelten dieselben Rechtssätze wie bei dem Unterhaltsanspruch der Verwandten (oben § 8). Diesen Aehnlichkeiten stehen eine Reihe von Verschiedenheiten gegenüber:

a) Die Unterhaltspflicht des unehelichen Vaters besteht nicht für die ganze Lebenszeit des Kindes, sondern dauert nur bis zur Vollendung des 16. Lebensjahres (§ 1708 Abs. 1). Weiter zu gehen hat man Bedenken getragen, um nicht die Vaterschaft zu einem Lebensverhältnisse zu machen. Ist jedoch das Kind zur Zeit der Vollendung des 16. Lebensjahres[1]) in Folge körperlicher oder geistiger Gebrechen außer Stande, sich selbst zu unterhalten, so hat ihm der Vater auch über diese Zeit hinaus Unterhalt zu gewähren (§ 1708 Abs. 2). Während aber in jenem ersten Zeitabschnitte dem Vater die Einrede des Nothbedarfs nicht zusteht, kann er dem Anspruche später entgegenhalten, daß er bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außer Stande sei, ohne Gefährdung seines standesmäßigen Unterhalts, den Unterhalt zu gewähren. Den hieraus entstehenden Ausfall haben die Mutter oder ihre Verwandten zu decken; im Uebrigen bleibt es dagegen bei der Regel des § 1709.

b) Es ist stets standesmäßiger Unterhalt zu gewähren, wobei die Lebensstellung der Mutter, nicht die des Vaters entscheidet (§ 1708 Abs. 1). Bedürftigkeit des Kindes ist keine Voraussetzung des Anspruchs für die ersten Lebensjahre, wohl aber später. Vermag es sich alsdann theilweise selbst zu erhalten, so braucht der Erzeuger nur einen entsprechenden Zuschuß zu leisten.

c) Soweit die Mutter oder ein unterhaltspflichtiger mütterlicher Verwandter dem Kinde anstatt des Vaters den Unterhalt gewährt, geht der Anspruch des Kindes gegen den Vater in derselben Weise auf sie über wie der Anspruch gegen eheliche Verwandte nach § 1607 Abs. 2, jedoch ohne daß die Rechtsverfolgung im Inlande ausgeschlossen oder erschwert zu sein braucht (§ 1709 Abs. 2).

d) Der Unterhalt kann, selbst wenn die in § 1613 verlangten Voraussetzungen nicht vorliegen, auch für die Vergangenheit verlangt werden (§ 1711).

---

[1]) Die Unfähigkeit muß gerade in diesem Zeitpunkte vorhanden sein, vgl. Haidlen III S. 560 oben.

e) Durch den Tod des Vaters erlischt der Anspruch nicht, sondern richtet sich nunmehr gegen seine Erben (§ 1712), nicht etwa gegen seine Voreltern als solche, und bildet eine gewöhnliche Nachlaßverbindlichkeit. Die dadurch herbeigeführte Möglichkeit, daß beim Vorhandensein weiterer erheblicher Erbschaftsschulden eheliche Nachkommen weniger bekommen könnten als der kapitalisirte Werth der dem unehelichen zustehenden Unterhaltsrente beträgt, ist dadurch ausgeschlossen, daß der Erbe berechtigt ist, das Kind mit dem Betrage abzufinden, der ihm als Pflichttheil gebühren würde, wenn es ehelich wäre. Sind mehrere uneheliche Kinder vorhanden, so wird die Abfindung so berechnet, als wenn sie alle ehelich wären. Daß sie wirklich alle abgefunden werden, ist dabei nicht vorausgesetzt, und in dem verschiedenen Alter der Berechtigten kann ein Anlaß für die Erben liegen, jene verschieden zu behandeln. Kommen z. B. zwei uneheliche Kinder in Betracht, von denen das eine erst ein Jahr alt ist, das andere dagegen schon das 15. Lebensjahr zurückgelegt hat, so ist es offenbar vortheilhafter, nur dem ersteren eine Abfindung zu gewähren, dem letzteren dagegen für die noch übrige kurze Dauer seines Anspruches die Rente fortzuzahlen. Ist eine Mehrzahl von Erben vorhanden, so werden sie sich meistens leicht über den einzuschlagenden Weg einigen; anderenfalls ist allerdings die Abfindung unmöglich, da die Erben nach BGB. § 2058 als Gesammtschuldner haften.

f) Auch zwischen dem Vater und dem Kinde kann vereinbart werden, daß anstatt der Rente eine Abfindung gewährt werden solle, ebenso sind andere Verträge über den Unterhalt für die Zukunft zwischen ihnen zulässig, Beides aber nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes (§ 1714 Abs. 1). Damit sind nicht bloß Abmachungen über das Bestehen des Anspruches und über seine Höhe gestattet, sondern auch über die Art und Weise, wie der Unterhalt gewährt werden soll. Auf diese Weise ist es auch dem unehelichen Erzeuger ermöglicht, seine Verpflichtung weniger drückend für sich zu gestalten. Ein Recht auf solche Umwandlung aber, wie es § 1612 den unterhaltspflichtigen Verwandten unter Umständen und namentlich dem ehelichen Vater gewährt, hat er nicht.

Geltend zu machen ist der Anspruch des Kindes von seinem gesetzlichen Vertreter, also dem Vormunde. Die Mutter ist hierzu nicht befugt, jedoch darf sie vor der Geburt des Kindes beim Proceß-

richter den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung stellen, dahingehend, daß der Vater den für die ersten drei Monate dem Kinde zu gewährenden Unterhalt alsbald nach der Geburt an die Mutter oder an den Vormund zu zahlen und den erforderlichen Betrag angemessene Zeit vor der Geburt zu hinterlegen hat (§ 1716). An wen die Zahlung erfolgen soll, ist von dem Gerichte zu bestimmen [1]). Die Glaubhaftmachung einer Gefährdung des Anspruches ist nicht erforderlich, im Uebrigen dagegen müssen die processualen Voraussetzungen einer einstweiligen Verfügung gegeben sein. Der Antragstellerin liegt daher ob, ihre Schwangerschaft, den geschlechtlichen Verkehr mit dem in Anspruch Genommenen und den vermuthlichen Zeitpunkt der Geburt des Kindes soweit glaubhaft zu machen, daß darnach die Vaterschaft des betreffenden Mannes wahrscheinlich ist.

Abgesehen von dem Unterhaltsanspruche knüpft sich an die uneheliche Vaterschaft nur noch die Möglichkeit einer Legitimation des Kindes durch nachfolgende Ehe oder durch Ehelichkeitserklärung, sowie das Ehehinderniß des BGB. § 1310 für das Kind und dessen Abkömmlinge einerseits und den Vater und dessen Verwandte (im Umfange des Abs. 1 des § 1310) andererseits. Für dieses Ehehinderniß sind nicht, wie für die übrigen Folgen, die gesetzlichen Vermuthungen in §§ 1717, 1718 (oben § 6 I) maßgebend, da sie nur für die Vaterschaft „im Sinne der §§ 1708 bis 1716" gelten, vielmehr kommt es bei ihm allein auf die thatsächlich bestehenden Blutsbande an [2]) [3]).

II. Wie bereits früher berührt ist (oben § 6 II), haben Kinder aus nichtigen Ehen mit Ausnahme des in § 1699 vorgesehenen Falles die Stellung ehelicher Kinder, sofern nicht beide Ehegatten die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschließung gekannt haben, und ebenso ihre Erzeuger oder derjenige von ihnen, der in gutem Glauben gewesen ist, die Rechte ehelicher Eltern. Aus dieser verschiedenen

[1]) Protokolle IV S. 690.

[2]) Motive bei Haiblen III S. 24.

[3]) Die Unterhaltspflicht des Vaters gegenüber dem unehelichen Kinde wird nach den Gesetzen des Staates beurtheilt, dem die Mutter zur Zeit der Geburt des Kindes angehört, es können jedoch nicht weitergehende Ansprüche geltend gemacht werden, als nach den deutschen Gesetzen begründet sind, EG. z. BGB. Art. 21. Es kommt also stets das dem Kinde ungünstigste Recht zur Anwendung.

Gestaltung der Voraussetzungen der Putativehe für Kinder und Eltern ergiebt sich auch eine Verschiedenheit der Rechtsstellung beider Theile.

1. In Bezug auf die Kinder ist es gleichgültig, ob beide Eltern oder nur einer von ihnen sich in gutem Glauben befunden hat, sie gelten in beiden Fällen als ehelich (§ 1699). Sie erhalten folglich den Familiennamen des Vaters, haben Anspruch auf Unterhalt nach §§ 1601 ff. und Erbrecht nicht nur gegen die Eltern, sondern auch gegen deren Verwandte und werden von letzteren beerbt. Wird bestritten, daß der angebliche Ehemann der Vater eines von der Frau während der Dauer der nichtigen Ehe oder innerhalb 302 Tagen nach ihrer Auflösung geborenen Kindes sei, so bedarf es einer Anfechtung nach den früher (oben § 2 V) erörterten Grundsätzen.

2. In Bezug auf die Eltern sind dagegen die verschiedenen Möglichkeiten auseinanderzuhalten.

a) Bei gutem Glauben Beider sind ihre Rechte ebenso zu beurtheilen, als wenn ihre Ehe gültig wäre (§ 1700). Der Vater erwirbt die Gewalt über die Kinder, nach seinem Wegfall geht sie in der gewöhnlichen Weise auf die Mutter über, die Befugniß zur Einwilligung in die Ehe der Kinder bestimmt sich nach § 1305, Beiden steht ein Unterhaltsanspruch nach §§ 1601 ff. gegen ihre Abkömmlinge zu u. s. w. Das Erziehungsrecht wird nach den Vorschriften geordnet, die für ein Kind aus einer geschiedenen Ehe gelten, wenn beide Ehegatten für schuldig erklärt sind (§§ 1635, 1636, vgl. oben § 10 I 2).

b) War dem Vater und ihm allein die Nichtigkeit der Ehe bekannt, so hat er nicht die sich aus der Vaterschaft ergebenden Rechte (§ 1701). Die elterliche Gewalt steht der Mutter zu. Wird die Nichtigkeit der Ehe, wie es sich häufiger ereignen wird, erst rechtskräftig festgestellt, nachdem er schon einige Zeit hindurch thatsächlich dem Kinde gegenüber die Befugnisse eines ehelichen Vaters ausgeübt hat, so findet scheinbar ein Uebergang der Gewalt auf die Mutter statt. In Wirklichkeit aber liegt ein Neuerwerb vor, der auf den Zeitpunkt der Geburt des Kindes zurückzubeziehen ist, sodaß der Mutter die vom Vater inzwischen gezogenen Nutzungen des etwaigen Kindesvermögens herauszugeben sind. Auch sind alle von ihm vor-

genommenen Handlungen ungültig, und gutgläubigen Dritten, die mit ihm Geschäfte abgeschlossen haben, kommt § 1682 (vgl. oben S. 244) nicht zugute. Ihm steht weder das Erziehungsrecht, noch auch nur ein Recht auf persönlichen Verkehr mit dem Kinde zu. Die Einwilligung zur Ehe des Kindes ist von der Mutter zu ertheilen (§ 1305). Der Vater besitzt weder Erbrecht noch Unterhaltsanspruch gegen das Kind, dagegen muß man Beides seinen Verwandten zugestehen, da durch § 1701 nur dem Vater Rechte entzogen werden, während im Uebrigen der Grundsatz des § 1699 unverändert gilt, nicht nur zu Gunsten, sondern auch zu Ungunsten des Kindes. Zur Vormundschaft über das volljährige Kind ist er nicht berufen (§ 1899 Abs. 3); daß ihm die Befugniß zur Bestellung eines Vormundes für das minderjährige fehlt, folgt schon aus dem Mangel der elterlichen Gewalt (vgl. § 1777). Hat die Mutter keine gültige Anordnung getroffen, so sind zunächst der väterliche und sodann der mütterliche Großvater berufen; ist die Vormundschaft keinem von Beiden zu übertragen, so wird § 1779 anwendbar.

c) Ist nur die Mutter bösgläubig, so hat sie in Ansehung des Kindes auch nur diejenigen Rechte, welche im Falle der Scheidung der allein für schuldig erklärten Frau zustehen, d. h. nur Anspruch auf persönlichen Verkehr mit dem Kinde nach § 1636 (§ 1702). Die elterliche Gewalt erhält sie auch beim Tode des Vaters oder der Beendigung seiner Gewalt aus einem anderen Grunde, sowie bei deren Ruhen nicht, wohl aber hat sie alsdann das Recht und die Pflicht der Sorge für die Person des Kindes wie in den Fällen der §§ 1696, 1697 (oben S. 263—64). Ist jedoch das Ruhen seiner Gewalt durch eine Beschränkung seiner Geschäftsfähigkeit hervorgerufen (§ 1676 Abs. 2), so tritt die Erweiterung ihrer Befugnisse nicht ein, weil dann die Sorge für die Person dem Vater in gewissem Umfange verbleibt (oben S. 237). Die Einwilligung zur Eheschließung des Kindes ist an sich ein Recht des Vaters; ist er jedoch gestorben oder geisteskrank oder sein Aufenthalt dauernd unbekannt, so muß die Mutter an seine Stelle treten, da auch ein uneheliches Kind der Einwilligung der Mutter bedarf. Die Vorschrift des letzten Satzes in § 1305 Abs. 1 kann wohl auf diesen Fall nicht übertragen werden. Im Vormundschaftsrecht ist sie als uneheliche Mutter zu behandeln (vgl. oben I 1 c); auch der zu b erwähnte § 1899 Abs. 3 findet auf sie Anwendung. Erbrecht und

Unterhaltsanspruch sind von ihrem guten und bösen Glauben unabhängig.

d) War beiden Eltern die Nichtigkeit der Ehe bekannt, so sind die Kinder unehelich. Allein sie haben gegen ihren Erzeuger nicht nur einen Unterhaltsanspruch nach den oben I 2 dargestellten Grundsätzen, sondern wie eheliche Kinder (§ 1703). Der Vater darf dabei nicht anstatt der Geldrente eine andere Art des Unterhalts wählen noch die Zeit bestimmen, für welche er ihn im Voraus gewähren will (vgl. § 1612 Abs. 2). Diese Begünstigung der Kinder muß auch im Falle des § 1699 Abs. 2 eintreten. Auf die Erben des Vaters geht die Verpflichtung nicht über; diese haften wie Erben eines sonstigen unehelichen Erzeugers.

I 3/21

Pierer'sche Hofbuchdruckerei Stephan Geibel & Co. in Altenburg.